

Heimliche Tonaufnahmen durch Strafverfolgungsorgane

von

Manfred Weiß

aus Roth



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546228_0127

Heimliche Tonaufnahmen durch Strafverfolgungsorgane

INAUGURAL-DISSERTATION
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von

Manfred Weiß

aus Roth



Referent: Professor Dr. Theodor Kleinknecht

Tag der mündlichen Prüfung: 24. 2. 1976

Meiner lieben Mutter

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
 <u>E r s t e r T e i l :</u>	
Die heimliche Tonaufnahme privater Gespräche durch Strafverfolgungsorgane	5
I. Strafbarkeit gem. § 201 StGB	6
1. Heimliche Aufnahme eines Privatgesprächs	7
2. "Unbefugt" als allgemeines Verbrechens- merkmal	9
II. §§ 100a, 100b StPO als spezielle gesetz- liche Befugnis zur heimlichen Tonaufnahme von Telefongesprächen	12
1. Ausdrückliche Ermächtigung bei Telefon- gesprächen zum Zwecke der Strafverfolgung	12
2. Abschließende Regelung im Bereich der Strafverfolgung?	14
III. Rechtfertigung heimlicher Tonaufnahmen son- stiger Gespräche im Rahmen der Strafver- folgung?	15
1. Verfassungsrechtlicher Schutz des Rechts am gesprochenen Wort	16
2. Einschränkung des allgemeinen Persön- lichkeitsrechts durch "die Rechte anderer"	16

	Seite
3. Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das Sittengesetz	19
4. Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch "die verfassungsmäßige Ordnung"	19
5. Einschränkung des Rechts am gesprochenen Wort auf Grund einer Abwägung der betroffenen Interessen	20
6. Überlegungen von Dürig und Klein	25
7. Ausführungen von Roggemann	27
8. Zusammenfassung	29
IV. Rechtfertigung heimlicher Tonaufnahmen aus anderen Gesichtspunkten	30
1. Umfang polizeilichen Tätigwerdens	30
2. Nothilfe und rechtfertigender Notstand	30
3. Einschränkung durch Polizeigesetze?	33
4. Einschränkung durch das Gesetz zu Art. 10 GG?	39
V. Verwertbarkeit amtlicher Tonaufnahmen, deren Anfertigung in unzulässiger Weise erfolgte?	43
1. Grundrechtliches Beweisverbot aus Art. 1, 2 GG	43
2. Erweiterte Aussage des § 136a Abs. 3 StPO?	44
3. Art. 1, 2 GG als "echtes" Beweisverbot	45
4. Verwertungsverbot "aus beweisrechtlichen Gründen"	46
5. Unverwertbarkeit infolge Unzulässigkeit der Beweismittelgewinnung	47
VI. Zusammengefaßtes Ergebnis des ersten Teils	47

Z w e i t e r T e i l :

Heimliche Tonaufnahmen von Gesprächen mit Beamten der Strafverfolgungsorgane, insbesondere von Vernehmungen	49
I. Strafbarkeit gem. § 201 StGB?	50
1. § 201 StGB als strafrechtlicher Schutz des "nichtöffentlich gesprochenen Wortes"	50
2. Beruht der Begriff "nichtöffentlich" auf einer einheitlichen Terminologie im Strafgesetzbuch?	51
3. Schutzobjekt des § 201 StGB nach den Vorstellungen des Gesetzgebers	52
4. Meinungen in der Literatur	62
5. Sonstige amtliche Unterredungen mit Beamten der Strafverfolgungsorgane	69
6. Zusammenfassung	70
II. Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO?	71
1. Ausdrückliche Täuschungshandlung durch die Zusicherung, daß keine Verwertung der Aussage erfolge	71
2. Täuschung durch die Zusicherung, daß keine Tonaufnahme von der Aussage stattfinde	72
3. Rechtspflicht zum Hinweis auf Tonaufnahmen?	74
4. Heimliche Aufnahme eines "aufgelockerten Gesprächs" nach der als solche erkennbaren Vernehmung	89
5. Zusammenfassung	94

	Seite
III. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?	95
1. Meinungen in der Literatur	95
2. Keine unmittelbare Aussage durch die Gerichte	111
3. Umfang des durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Bereichs	115
4. Verbietet der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die heimliche Tonaufnahme von Vernehmungen?	124
5. Zulässigkeit heimlicher Tonaufnahmen von sonstigen dienstlichen Gesprächen zwischen Bürgern und Beamten der Strafverfolgungsorgane?	136
IV. Zusammengefaßtes Ergebnis des zweiten Teils	138

D r i t t e r T e i l :

Verwertung rechtmäßig erlangter Tonaufnahmen im Strafverfahren

I. Um welche Art von Beweismittel handelt es sich bei einer Tonaufnahme?	140
1. Bestimmung der Art des Beweismittels als Voraussetzung für die Verwertung in der Hauptverhandlung	140
2. Die Tonaufnahme als unmittelbare Aussage?	141
3. Die Tonaufnahme als Urkundenbeweis?	142
4. Die Tonaufnahme als Augenscheinsobjekt	150

	Seite
II. In welcher Form kann der Inhalt einer Tonaufnahme im Strafprozeß verwertet werden?	151
1. Augenscheinsobjekt zum Nachweis der äußeren Umstände des Gesprächs	151
2. Verwertung des Inhalts einer aufgetzeichneten Aussage durch Vorhalt an den Vernehmungsbeamten	159
III. Wie kann der Inhalt einer Tonaufnahme im übrigen Strafverfahren verwendet werden?	170
1. Entschlüsse der Staatsanwaltschaft	171
2. Entscheidungen des Gerichts	172
3. Tonaufnahmen zur Unterstützung des Vernehmungsbeamten wie auch des Gerichts in der Hauptverhandlung	173
IV. Zusammengefaßtes Ergebnis des dritten Teils	174

Schrifttumsverzeichnis

- | | |
|-----------------|---|
| Adomeit, Klaus | Wahrnehmung berechtigter Interessen und Notwehrrecht, JZ 1970, 495 f |
| Aeppli, Heinz | Tonaufnahmen von Verhören statt Protokollierung, Kriminalistik 1954, 173 f |
| Alsberg-Nüse | Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1969, zit.: Beweis Antrag |
| Andenaes, Johs. | Beweisverbote im Strafprozeß nordischer Länder, Verhandl. 46. DJT, Bd. 1, Teil 3 A, S. 1 f, zit.: Beweisverbote |
| Arndt, Adolf | Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, NJW 1961, 897 |
| ders. | Das Tonband als Aktenbestandteil (§ 147 StPO), NJW 1966, 2204 |
| Arzt, Gunther | Notwehr gegen Erpressung, MDR 1965, 344 |
| ders. | Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Tübingen 1970 |
| Aubert | Können im Rahmen des § 99 StPO Telefongespräche mit Hilfe von Tonbandgeräten "beschlagnahmt" werden?, NJW 1955, 499 |
| Baumann, Jürgen | Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage, GA 1959, 33 |
| ders. | Notwehr im Straßenverkehr?, NJW 1961, 1745 |
| ders. | Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, 349 |
| ders. | § 53 StGB als Mittel der Selbstjustiz gegen Erpressung?, MDR 1965, 346 |

- ders. Strafrecht, Allg. Teil, 5. Auflage, Bielefeld 1968, zit.: Lehrb., 5. Aufl.
- ders. Strafrecht, Allg. Teil, 7. Auflage, Bielefeld 1975, zit.: Lehrb.
- Beling, Ernst Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, StrAbh. Nr. 46, 1903, zit.: Beweisverbote
- Bernhardt, Wolfgang Das Zivilprozeßrecht, 3. Auflage, Berlin 1968, zit.: ZPO
- Blei, Hermann Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, JZ 1955, 625
- Börger, Alfons Das Persönlichkeitsrecht. Sein Wesen und seine Anerkennung in der Rechtsordnung, Emsdetten (Westf.) 1933--
- Bohne, Gotthold Naturrecht und Gerechtigkeit, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, I. Bd., Berlin 1956, S. 3 f, zit.: Naturrecht
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg, Stand Juni 1971
- Brinkmann, Karl Grundrechtskommentar zum Grundgesetz, Bonn, Stand Dezember 1968, zit.: GG
- Bruns, Hans-Jürgen Die Grenzen der eidlichen Wahrheitspflicht des Zeugen, insbesondere bei Tonbandaufnahmen über unwichtige Aussagen im Strafprozeß, GA 1960, 161
- Bruns, Rudolf Zur Systematik der gesetzlichen Beweisarten im Zivilprozeß, JZ 1957, 489
- Bussmann, Kurt Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen?, Gutachten für den 42. DJT, Tübingen 1957

Coing, Helmut	Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, Referat auf der Weinheimer Tagung, S. 30 f
Dahs, Hans	Handbuch des Strafverteidigers, 3. Auflage, Köln 1971, zit.: Handbuch
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961
Dallinger, Wilhelm	Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1956, 143
Daucher, Emmeram	Die Tonbandvernehmung im polizeilichen Ermittlungsverfahren, Kriminalistik 1968, 67
Dreher, Eduard	Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 35. Auflage, München 1975, zit.: StGB
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Berlin-Köln-München-Bonn 1961, zit.: Polizeirecht
Dünnebier, Hanns	Zur Tagebuchentscheidung des BGH, MDR 1964, 965
Dürig, Günter	Ein Orwellsches Experiment, ZRP 1968, 11
Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)	E 1962, mit Begründung, Bundessratsvorlage, Bonn 1962, zit.: E 1962
Erbs, Georg	Handkommentar zur Strafprozeßordnung, Frankfurt-Bonn 1950, zit.: StPO
ders.	Unzulässige Vernehmungsmethoden, NJW 1951, 386
Erdsiek	Umwelt und Recht, NJW 1958, 1719
Erman, Walter	BGB, Handkommentar, 1. Band, 5. Auflage, Münster 1972
Evers, Hans-Ulrich	Verletzung des Postgeheimnisses (Art. 10 GG) und Beweisverwertungsverbot im Strafprozeß, JZ 1965, 661

- ders. "Unbefugtes" Abhören i.S. §§ 298, 353d StGB und die Rechtmäßigkeit der bisherigen staatlichen Abhörpraxis, ZRP 1970, 147
- Faller, Hans Persönlichkeitsrechte, in: Staatslexikon Recht-Wirtschaft-Gesellschaft, 6. Auflage, Freiburg, 6. Band, Sp. 212, zit.: Staatslexikon
- Feldmann, Clemens Das Tonband als Beweismittel im Strafprozeß, NJW 1958, 1166
- ders. Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweise, NJW 1959, 853
- Freund, M. Öffentlichkeit und Geheimnis, Weinheimer Tagung, S. 12 f
- Gallas, Wilhelm Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), ZStW 75 (1963), 16
- v. Gamm, Otto-Friedrich Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1955, 1826
- ders. Persönlichkeits- und Ehrverletzungen durch Massenmedien, Schriftenreihe der NJW, München 1969, zit.: Persönlichkeits- und Ehrverletzungen
- Gareis, Carl Das Recht am menschlichen Körper, in: Festgabe für Schirmer, 1900, S. 82 f
- Geerds, Friedrich Strafrechtspflege und prozessuale Gerechtigkeit, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1964, 57 f
- Gerstenberg, Ekkehard Tonbandaufnahmen zu Beweis Zwecken strafbar?, BB 1956, 864
- v. Gierke, Otto Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895
- Goedecke, Willy Verwendung von Tonbandaufnahmen als Beweismittel, Kriminalistik 1964, 603

- Greulich, H. Aufnahme geschäftlicher Verhandlungen auf Tonband, BB 1953, 818
- Grünhut, Max Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW 51, 455
- ders. Der Schutz der Persönlichkeits-sphäre im englischen und amerikanischen Recht (Vortrag), ZStW 74 (1962), 51 f (319 f)
- Grünwald, Gerald Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, 489
- Gutmann, Alexander Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmißbrauch?, NJW 1962, 286
- Häberle, Peter Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970, JZ 1971, 145
- Hahn, Wolfgang Ton- und Bildträger als Beweismittel im Strafprozeß, Diss., München 1964
- Hall, Karl Heinrich Notstandsverfassung und Grundrechtseinschränkungen, JZ 1968, 159
- ders. Abhörentscheidung und Grundgesetz, JUS 1972, 132
- Hamann-Lenz Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3. Auflage, 1970, zit.: GG
- Hartnack, J.W. Nochmals: "Das Tonband als Beweismittel im Strafprozeß", NJW 1958, 1478
- Haug, Winfried Notwehr gegen Erpressung, MDR 1964, 548
- ders. Tonbandaufnahme in Notwehr?, NJW 1965, 2391
- Hauser, Robert Probleme und Tendenzen im Strafprozeß, SchweizZStrR 88 (1972), 113 f

- | | |
|-----------------------------|--|
| Heimerich, H. | Der Mißbrauch von Tonbandaufnahmen, BB 1956, 249 |
| Heinitz, Ernst | Die Verwertung von Tagebüchern als Beweismittel im Strafprozeß, JR 1964, 441 |
| Henkel, Heinrich | Die Zulässigkeit und die Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, JZ 1957, 148 |
| ders. | Die Zulässigkeit und die Verwendbarkeit des Tonbandes bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, Weinheimer Tagung, S. 45 f |
| ders. | Strafverfahrensrecht, Lehrbuch, 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968 |
| ders. | Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion, Gutachten für den 42. DJT, Tübingen 1957 |
| Himmelreich, Klaus | Nothilfe und Notwehr, insb. zur sog. Interessenabwägung, MDR 1967, 361 |
| Höfler, Adolf | Tonaufnahme von Verhören statt Protokollierung?, Kriminalistik 1954, 236 |
| Hubmann, Heinrich | Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, JZ 1957, 521 |
| ders. | Das Recht auf Identität, in: "Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte (Gedächtnisschrift für Rudolf Schmid), Berlin 1966, S. 161 f |
| ders. | Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Münster-Köln 1967 |
| Jescheck, Hans-
Heinrich | Rechtsvergleichendes Generalgutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Verhandl. 46. DJT, Bd. I, Teil 3 B, Essen 1966 |

- Kaiser, Eberhard Das Postgeheimnis und seine erlaubte Durchbrechung, NJW 1969, 18
- ders. Verwertbarkeit von Äußerungen Dritter während überwachter Telefongespräche (§ 100a StPO), NJW 1974, 349
- Kalsbach, Werner Standesrechtliche Bemerkungen zur Verwendung von Tonaufnahmegeräten, Anwaltsblatt 1956, 2
- Kleinknecht, Theodor Ermittlungen der Polizei nach der kleinen Strafprozeßreform, Kriminalistik 1965, 449
- ders. Die Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1537
- ders. Strafprozeßordnung, 32. Auflage, München 1975, zit.: StPO
- Klug, Ulrich Beweisverbote im Strafprozeß, Referat beim 46. Deutschen Juristentag, Verhandl. 46. DJT, Bd. II, Teil F, S. 30 f
- Koebel Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Unterlassungsanspruch, NJW 1955, 1337
- Koeniger, Hans Die Hauptverhandlung in Strafsachen, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, zit.:Hauptverhandlung
- Kohlhaas, Max Tonbandaufnahme im Strafprozeß, DRiZ 1955, 80
- ders. Verfahrensfragen bei der Blutprobenentnahme, DAR 1956, 201
- ders. Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozeß, NJW 1957, 81
- ders. Die Rechte der Einzelpersonlichkeit im Widerstreit zu den Belangen der Strafrechtspflege, Jur.-Jahrb. 4 (1963/1964), 50 f
- ders. Beweisverbote im Strafprozeß, DRiZ 1966, 286

- ders. Das Mitschneiden von Telefongesprächen im Verhältnis zum Abhörverbot (§ 298 StGB) und dem Fernmeldegeheimnis, NJW 1972, 238
- Krause, Friedrich Wilhelm Zum Urkundenbeweis im Strafprozeß, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Nr. 8, Hamburg 1966, zit.: Urkundenbeweis
- Kretzschmar, Alfons Das Mithören von Telefongesprächen im Betrieb, BB 1959, 1068
- Kühne, Hans-Heiner Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 1 I Grundgesetz, Köln-Berlin-Bonn-München 1970, zit.: Beweisverbote
- Lackner, Karl Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Auflage, München 1975, zit.: StGB
- Lang, Wilhelm Ton- und Bildträger. Materielle und prozessuale Grundfragen in persönlichkeitsrechtlicher Sicht, Bielefeld 1960
- Lang-Hinrichsen, Dietrich Persönlichkeitsrechte und (kriminal)polizeiliche Technik, Die Polizei 1970, 1 f
- Leibholz-Rinck Grundgesetz, Köln-Marienburg 1966
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch 9. Auflage, Berlin 1970
- Lenckner, Theodor Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr, GA 1968, 1
- Liermann, Stephan Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozeß, Diss., Bonn 1963
- Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, München und Berlin, zit.: L.-M.
- Löffler, Martin Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit, Herausgegeben im Auftrag der Deutschen Studiengesellschaft für Publizistik, München und Berlin 1959

- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Auflage, Berlin 1971, zit.: StPO
- Maetzel, Wolf Bogumil Beweisverbote zwecks Geheimniswahrung, DVBl. 1966, 665
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957, zit.: GG
- Martin, E.P. Zur Frage des Beweiswertes von Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, Kriminalistik 1967, 511
- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz, Bd. I, Kommentar, München, Stand 1974, zit.: GG
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971, zit.: Strafrecht I
- ders. Deutsches Strafrecht, bes. Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1969, zit.: Strafrecht II
- Meinert, F. Vernehmungstechnik, 4. Auflage, Lübeck 1956
- Melzer, Walter "Tonspiegel" für Richter, DRiZ 1957, 62
- Mezger-Blei Strafrecht I, Allg. Teil, 14. Auflage, München 1970
- Mittelbach, Hans Das Protokoll im Strafprozeß, JR 1955, 327
- Model-Creifelds Staatsbürger-Taschenbuch, 10. Auflage, München 1971
- Mueller, Gerhard Beweisverbote im amerikanischen Strafprozeß, Verhandl. 46. DJT, Bd. I, Teil 3 A, S. 33 f
- Müller-Sax Kommentar zur Strafprozeßordnung, 6. Auflage, Darmstadt 1966, zit.: StPO
- Münch, Jugo Die Grundrechte des Strafgefangenen, JZ 1958, 73

- Neumann-Duesberg,
Horst Das gesprochene Wort im Urheber- und Persönlichkeitsrecht, Münster 1949
- ders. Sprache im Recht, Regensburg-Münster 1949
- ders. Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB, NJW 1957, 1341
- ders. Heimliche Tonbandaufnahmen von Gesprächen über Abwesende, BB 1957, 865
- ders. Schweigepflicht als Rechtsfolge einer Diskretionsverletzung, JR 1957, 324
- ders. Das "Recht auf Anonymität" in seiner Erscheinungsform als Recht am eigenen Bild, Jur.-Jahrb. 7 (1966/1967), 138 f
- Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 9. Band, Bes. Teil, 91.-103. Sitzung, Bonn 1959, zit.: Niederschriften
- Niese, Werner Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung, ZStW 63, 199
- Nipperdey, Hans Carl Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 1 f
- ders. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, UFITA Bd. 30 (1960), S. 1 f
- ders. Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV/2, Berlin 1962, S. 741 f, zit.: Grundrechte
- ders. Die Neuregelung des Rechts der privaten Tonbandaufnahme, Bonn 1964

- ders. Fehlerquellen im Strafprozeß,
I. Band, Karlsruhe 1970,
zit.: Fehlerquellen I
- ders. Fehlerquellen im Strafprozeß,
II. Band, Karlsruhe 1972,
zit.: Fehlerquellen II
- Petters-Preisendanz Strafgesetzbuch, Lehrkommentar,
28. Auflage, Berlin 1974,
zit.: StGB
- Pfeiffer-Maul-Schulte Strafgesetzbuch, Kommentar,
Essen 1969
- Pfenninger Das Tonband im schweizerischen
Strafverfahren, SchweizJZ 1958,
281
- Pleyer, Klemens Schallaufnahmen als Beweismittel
im Zivilprozeß, ZZP 69 (1956),
321 f
- Rasehorn, Theo Zulässigkeit von Diktiergeräten
zur Protokollierung bei Beweis-
aufnahmen, NJW 1954, 61
- Rasow, Walter Sitzungsprotokoll und Tonband,
NJW 1958, 653
- Reinhardt, Rudolf Der Streit um den Persönlichkeits-
schutz nach dem Referentenentwurf
des Bundesjustizministeriums, JZ
1959, 41
- Roeber, Georg Rechtsfragen um das Tonband, in:
Festschrift für Friedrich List
zum 70. Geburtstag, Baden-Baden
1957, S. 143 f, zit.: Festschrift
- Röhl, Hellmut Hauptverhandlungsprotokoll auf
Tonband?, JZ 1956, 591
- ders. Bericht von der Weinheimer Ta-
gung, JZ 1957, 67
- Roessler, Frieder Der Schutz der Vertraulichkeit
des Wortes im amerikanischen und
deutschen Strafrecht, Diss.,
Freiburg 1967

- Roggemann, Herwig Das Tonband im Verfahrensrecht, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 44, Göttingen 1962, zit.: Tonband
- ders. Tonbandaufnahmen während der Hauptverhandlung, JR 1966, 47 f
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht, 11. Auflage, München 1974, zit.: ZPO
- Roskosch, Heinz Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Mithörens von Telefongesprächen oder ihrer Aufnahme auf Tonband, Der Betrieb 1956, 470
- Rupp, Hans Heinrich Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht, Verhandl. 46. DJT, Bd. I, Teil 3 A, S. 165 f, Essen 1966, zit.: Beweisverbote
- Samper, Rudolf Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 2. Auflage, München 1969, zit.: PAG
- Sarstedt, Werner Rundfunkaufnahmen im Gerichtssaal, JR 1956, 121
- ders. Rundfunkaufnahmen im Gerichtssaal, Weinheimer Tagung, S. 57 f
- ders. Beweisverbote im Strafprozeß, Verhandl. 46. DJT, Bd. II, Teil F, Essen 1966, S. 8 f, zit.: Beweisverbote (Sitzungsberichte)
- Sauer, Wilhelm Grenzen des richterlichen Beweises, JR 1949, 500
- Sax, Walter Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 909 f
- ders. Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel, JZ 1965, 1
- Schaffstein, Friedrich Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, 132

- Schilling, Georg Zur Anwendung des § 298 StGB
bei der Aufzeichnung von Te-
lefongesprächen, NJW 1972, 854
- Schmidt, Eberhard Das Reichsgericht und der "über-
gesetzliche Notstand", ZStW 49,
350
- ders. Die Verwendbarkeit von Tonband-
aufnahmen im Strafprozeß, in:
Forschungen und Berichte aus
dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
München 1955, S. 625 f, zit.:
Gedächtnisschrift
- ders. Zulässigkeit und Verwertbarkeit
von Tonbandaufnahmen im Straf-
verfahren, JZ 1956, 206
- ders. Lehrkommentar zur Strafprozeßord-
nung und zum Gerichtsverfassungs-
gesetz, Teil II, StPO, Göttingen
1957, zit.: StPO II
- ders. Lehrkommentar zur Strafprozeßord-
nung und zum Gerichtsverfassungs-
gesetz, Nachtrag und Ergänzungen
zu Teil II (Nachtragsband I),
Göttingen 1967
- ders. Der Stand der Rechtsprechung zur
Frage der Verwendbarkeit von Ton-
bandaufnahmen im Strafprozeß,
JZ 1964, 537
- ders. Deutsches Strafprozeßrecht. Ein
Kolleg, Göttingen 1967, zit.:
Strafprozeßrecht
- ders. Der Strafprozeß; Aktuelles und
Zeitloses, NJW 1969, 1137
- Schmidt, Gerhard Zur Problematik des Indiskretions-
delikts, ZStW 1967, 741
- Schmidt, Rudolf Der rechtswidrige Angriff bei
der Notwehr, NJW 1960, 1706
- Schmidt-Bleibtreu-
Klein Kommentar zum Grundgesetz für
die Bundesrepublik Deutschland,
2. Auflage, Neuwied und Berlin 1970,
zit.: GG

- Schmitt, Rudolf Tonbänder im Strafprozeß-OLG
Celle NJW 1965, 1677-, JUS 1967, 19
- Schneidewin Der Urkundenbeweis in der Haupt-
verhandlung, JR 1951, 481
- Schober, Andreas Kann Tonband Verhörsniederschrift
ersetzen?, Kriminalistik 1954,
289
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar,
17. Auflage, 1974, zit.: StGB
- Scholler, Heinrich Person und Öffentlichkeit, in:
Münchner öffentlich-rechtliche
Abhandlungen, 3. Heft, München
1967
- Schorn, Hubert Der Schutz der Menschenwürde im
Strafverfahren, Bingen/Rhein 1963
- Schreiter Nochmals: Tonbandaufnahmen,
Anwaltsblatt 1956, 128
- Schulz, Georg Tonbandaufnahmen im strafrecht-
lichen Ermittlungsverfahren,
Kriminalistik 1958, 1
- Schwalm, Georg Der strafrechtliche Schutz der
Persönlichkeitssphäre im tech-
nischen Zeitalter (Diskussions-
beitrag), ZStW 74 (1962), 152 f
(488 f)
- ders. Strafrechtlicher Persönlichkeits-
schutz und die Schranken der Per-
sönlichkeitsentfaltung, in: Fest-
schrift für Küchenhoff, Berlin
1972, S. 681 f, zit.: Festschrift
für Küchenhoff
- Scupin, Hans Ulrich Die Zulässigkeit und Verwertbar-
keit von Tonbandaufnahmen im po-
lizeilichen Ermittlungsverfahren,
DÖV 1957, 548
- Sendler Die Verwertung rechtswidrig er-
langter Beweismittel im Straf-
prozeß mit Berücksichtigung des
anglo-amerikanischen und des
französischen Rechts, Diss.,
Berlin 1956

- Seume, Manfred Die Bedeutung unrechtsbetonender Ausdrücke wie "rechtswidrig", "unbefugt" und dergleichen in Strafgesetzen im Hinblick auf die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Diss., Erlangen 1968
- Siebert, Wolfgang Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechts, NJW 1958, 1369
- Siegert, Karl Der Mißbrauch von Schallaufnahmegeräten im geltenden Recht, Göttinger Verlagsanstalt, 1953, zit.: Mißbrauch
- ders. Zur Tragweite des § 136a StPO, DRiZ 1953, 98
- ders. Die Grenzen rechtmäßiger Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, DRiZ 1957, 101
- ders. Die außergerichtlichen Tonbandaufnahmen und ihre Verwertung im Zivilprozeß, NJW 1957, 689
- ders. Verwertung rechtmäßiger Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, GA 1957, 265
- ders. Besprechung von: Roeber-Werhahn, Das Tonband und seine Stellung im Recht, NJW 1958, 663
- ders. Fernsehrecht und Schutz der Einzelperson, NJW 1963, 1953
- Simson, Gerhard Der strafrechtliche Schutz der Persönlichkeitssphäre im technischen Zeitalter (Diskussionsbeitrag), ZStW 74 (1962), 144 f (480 f)
- Simson-Geerds Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, München 1969
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 10. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, zit.: BGB I

- dies. Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 3, 10. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969, zit.: BGB III
- Sommermeyer Tonspiegel für Richter?, DRiZ 1957, 217
- Spendel, Günter Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JUS 1964, 465
- ders. Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1102
- Süß, Theodor Geheimsphäre und moderne Technik, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, Berlin 1956, S. 189 f, zit.: Festschrift
- Tiedemann-Sasse Delinquenzprophylaxe, Kreditsicherung und Datenschutz in der Wirtschaft, Köln-Berlin-Bonn-München 1973, zit.: Delinquenzprophylaxe
- Tonaufnahmen, Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat, Bericht über eine Arbeitstagung in Weinheim 1957, Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, zit.: W.T. (Weinheimer Tagung)
- Ule, Carl Herrmann Zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, DVB1 1967, 681
- Vassalli Guiliano Der strafrechtliche Schutz der Persönlichkeitssphäre im technischen Zeitalter (Vortrag), ZStW 74 (1962), 111 f (447 f)
- Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Essen 1966
- Band I, Gutachten 3 A, Beweisverbote im Strafprozeß, zit.: Beweisverbote
- Band I, Gutachten 3 B, zit.: Beweisverbote (Teil B)
- Band II (Sitzungsberichte), Teil F, zit.: Beweisverbote (Sitzungsberichte)

E i n l e i t u n g

Technische Neuerungen verändern die Umwelt des Menschen. Sie können ganze Lebensbereiche beeinflussen und zur Neuorientierung zwingen. Häufig zeigen sie dadurch auch Auswirkungen auf das rechtliche Leben.

Wenige Erfindungen haben dabei so viele juristische Probleme aufgeworfen wie das moderne Tonaufnahmegerät. Für das Strafverfahren wie für den Zivilprozeß galt es dabei, sowohl Fragen zur Zulässigkeit wie auch zur Verwertbarkeit von Tonaufnahmen zu beantworten.

Bezüglich der Beweismittelqualität einer Tonaufnahme war die Grundfrage zu klären, ob es im Strafprozeß einen geschlossenen Kreis von Beweismitteln gebe¹⁾ oder ob nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung jedes Beweismittel, das zur Wahrheitsforschung beitragen könnte, herangezogen werden müsse, solange es nicht ausdrücklich verboten worden ist²⁾. Weiter stellte sich dann die Frage, ob es sich bei einer solchen Tonaufnahme um eine Urkunde³⁾ oder um ein

-
- 1) so Henkel, JZ 1957, 152; Krause, Urkundenbeweis, S. 85; Eb. Schmidt, JZ 1956, 206; Siegert, GA 1957, 269
 - 2) so Dallinger, MDR 1956, 145; Pfenninger, Schweiz JZ 1958, 281/282
 - 3) Kohlhaas, DRiZ 1955, 83; ders., NJW 1957, 84; Nüse in: Alsberg-Nüse, Beweisanzug, S. 270/271; Scupin, DÖV 1957, 554

Augenscheinsobjekt⁴⁾ handelt. Auch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.6.1960⁵⁾ im letzteren Sinne steht die Frage offen, ob es nicht möglich ist, Aussagen, die auf Tonträgern festgehalten sind, z.B. in der Gestalt des Vorhalts⁶⁾ oder als Anlage zum Protokoll⁷⁾ in den Strafprozeß einzuführen.

Das Problem der Zulässigkeit von Tonaufnahmen zeigt sich vor allem bei der Anfertigung heimlicher Aufzeichnungen, sei es, daß sie durch Beamte der Strafverfolgungsbehörden oder durch Privatpersonen erfolgen. Wieweit geht das Verbot des § 136a StPO? Wann wird das durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG garantierte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Sprechers durch eine solche Aufnahme verletzt? In welchem Falle sind heimliche Tonaufnahmen somit unzulässig? Die am 30.12.1967 in Kraft getretenen Strafbestimmungen der §§ 298, 353d StGB, welche nunmehr in § 201 StGB enthalten sind, haben zwar hier zur Klärung einiges beigetragen, aber auch neue Fragen aufgeworfen. Wann ist ein Gespräch "nichtöffentlich"? Wann erfolgt eine heimliche Aufnahme mit Befugnis?

4) Fuhrmann in: Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, StPO, § 136a Anm. 1c; Henkel, JZ 1957, 152; ders., W.T., S. 52; Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, vor § 72 Anm. 4c; Krause, Urkundenbeweis, S. 125/126; Roggemann, Tonband, S. 62; ders., JR 1966, 48; Sarstedt in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Anm. 4 f; Eb. Schmidt, JZ 1956, 207; ders., Gedächtnisschrift S. 630; Spindel, NJW 1966, 1107

5) BGHSt 14, 339 (341)

6) Henkel, W.T., S. 83; Kleinknecht, NJW 1966, 1541

7) Henkel, W.T., S. 83; ders., JZ 1957, 153; Siegert, W.T., S. 90; Wintrich, BayVBl. 1957, 138

Die Frage nach der Zulässigkeit heimlicher Tonaufnahmen mag zur Zeit der Wachswalze noch von untergeordneter Bedeutung gewesen sein. Seit es aber durch die Entwicklung modernster Magnetophongeräte und empfindlichster Mikrophone möglich ist, selbst in geheimste Gespräche einzudringen, gilt es hier, nach einer Klärung zu suchen.

Gerade auf dem Gebiete der Strafverfolgung werden die Extreme offenkundig. Niemand wird es in einem freiheitlichen Rechtsstaat zulassen wollen, daß der einzelne Bürger einer vollständigen Kontrolle mittels technischer Geräte unterliegt. Man denke nur an den aufschreckenden Roman "1984" von George Orwell, wo in beängstigend wirklichkeitsnaher Weise Entwürdigung und Versklavung des einzelnen durch technische Spione in einem totalitären Staate dargestellt werden. Aber kann es sich andererseits ein Staat leisten, bei der Verbrechensbekämpfung auf modernste Mittel zu verzichten und dadurch den Schutz der Bürger noch mehr zu erschweren, ja vielleicht häufig sogar unmöglich zu machen? Soll etwa ein Täter nur deshalb der Strafe entgehen, weil es den Strafverfolgungsbehörden nicht erlaubt ist, ihn durch ein auf Tonband aufgenommenes Telefongespräch zu überführen?

Es ist offenkundig, daß auch auf dem Gebiete der Strafverfolgung die schrankenlose Zulassung von Tonaufnahmegeräten wie deren völlige Verdammung von Übel wäre. Hier, wo das Recht des einzelnen und das Interesse der Allgemeinheit so hart aufeinandertreffen, geht es nicht um theoretische Scheingefechte, nein, hier verlangt es die Verantwortung für unseren Rechtsstaat, zwischen Szylla und Charybdis einen gangbaren Weg zu finden.

Um diesen Weg haben sich in den vergangenen Jahren viele namhafte Autoren bemüht. Manches wurde durch den Gesetzgeber (§§ 298, 353d StGB, seit 1.1.1975: § 201 StGB), manches durch die moderne Entwicklung des Alltags überholt. Doch die Hauptprobleme stehen weiterhin im Raum.

Die vorliegende Arbeit stellt einen Versuch dar, zur Beantwortung dieser Fragen einige Gedanken beizutragen.

Erster Teil:

Die heimliche Tonaufnahme privater Gespräche durch Strafverfolgungsorgane

Strafverfolgungsbehörden haben die dem Staate obliegende Aufgabe zu erfüllen, Straftaten aufzuklären und die Täter der verdienten Bestrafung zuzuführen. Da hierzu nur in der Minderzahl der Fälle ein Täter freiwillig die Beweise liefern wird, liegt es meist am Geschick und an der Intelligenz der Beamten, die für eine Verurteilung erforderlichen Grundlagen zu beschaffen.

Wenn Indizien und Zeugenaussagen für eine Überführung des Täters nicht ausreichen, bleiben oft nur noch die Äußerungen des Verdächtigen selbst, sei es, um bisher verborgene Zusammenhänge aufzuklären, oder auch, um den Weg zu weiterem Beweismaterial zu zeigen. Diesen Zweck erfüllen Aussagen gegenüber Beamten im Rahmen einer Vernehmung ebenso wie Gespräche des mutmaßlichen Täters mit Komplizen und - wenn er in Haft ist - mit Besuchern oder Mitgefangenen.

Aber auch wenn man einmal den unterschiedlichen Beweiswert von Gesprächen im privaten Kreis und bei Vernehmungen außer acht läßt, so ist hier dennoch eine strikte Trennung in der rechtlichen Beurteilung erforderlich, wenn es um die Beantwortung der Fragen geht, inwieweit solche Gespräche auf Tonträger aufgenommen und in einem strafprozessualen Verfahren verwertet werden dürfen.

I. Strafbarkeit gem. § 201 StGB

Aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz stellt sich dem Gesetzgeber der Verfassungsauftrag, die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu sichern. Hierzu gehört in bestimmten Grenzen auch das Recht am gesprochenen Wort. "Deshalb darf grundsätzlich jedermann selbst und allein bestimmen, wer sein Wort aufnehmen soll sowie ob und vor wem seine auf einen Tonträger aufgenommene Stimme wieder abgespielt werden darf"¹⁾. Demgemäß wurden durch das "Gesetz zum strafrechtlichen Schutz gegen den Mißbrauch von Tonaufnahme- und Abhörgeräten" vom 22.12.1967²⁾ die §§ 298 und 353d in das Strafgesetzbuch eingefügt, welche nunmehr seit 1.1.1975 in der Form des § 201 StGB folgenden Wortlaut haben:

" § 201

Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt

1. das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt oder
2. eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das nicht zu seiner Kenntnis bestimmte nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen mit einem Abhörgerät abhört.

1) BVerfGE 34, 238 (246)

2) BGBl. I S. 1360

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Amtsträger oder als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter die Vertraulichkeit des Wortes verletzt (Absätze 1, 2).

(4) Der Versuch ist strafbar.

(5) Die Tonträger und Abhörgeräte, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden."

1. Heimliche Aufnahme eines Privatgesprächs

Will nun ein Beamter der Strafverfolgungsbehörden eine Tonaufnahme von einem fremden Gespräch anfertigen, so ist zu klären, ob dieses Vorgehen zulässig ist, insbesondere, ob eine solche heimliche Tonaufnahme nunmehr, seit Inkrafttreten der angeführten Strafbestimmungen, eine strafbare Handlung darstellt.

Als grundlegendes Beispiel möge folgender von Roggemann angeführte Fall dienen³⁾:

Ein Untersuchungsrichter bringt einen beschuldigten Dieb und einen tatverdächtigen Mehler in seinem Vernehmungszimmer zusammen. Er entfernt sich dann und nimmt das belastende Gespräch, das die beiden daraufhin miteinander führen, heimlich auf Tonband auf, um dadurch die Beschuldigten zu überführen.

3) Roggemann, Tonband, S. 50

Bei der Unterhaltung zwischen dem Dieb und dem Hehler handelt es sich, auch wenn sie in einem Vernehmungszimmer stattfand, um "nichtöffentlich gesprochen" Worte; denn der Kreis der Personen, die von dieser Unterhaltung Kenntnis nehmen sollten, war - ebenso wie beispielsweise bei Unterhaltungen in der Gefängniszelle oder im Besucherraum oder auch in einer Privatwohnung - auf die Gesprächspartner beschränkt⁴⁾. Kein anderer sollte von dem Inhalt des Gesprächs etwas erfahren. Das war auch dem Untersuchungsrichter bekannt; denn er hatte sich ja gerade aus dem Grunde entfernt, um den beiden Verdächtigen die Möglichkeit zu dem - vermeintlich unbelauschten - Gespräch zu geben.

Durch die Aufzeichnung des Gesprächs wurde der Tatbestand des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB - Aufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes eines anderen auf einen Tonträger - erfüllt⁵⁾. Ein anschließendes Abhören der Aufnahme - ohne dieses hätte ja die ganze Aufzeichnung keinen Sinn - stellt an sich ein selbständig strafbares "Gebrauchen" der so hergestellten Aufnahme im Sinne des § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB dar⁶⁾. Wenn aber der Täter der heimlichen Aufzeichnung diese sich nur selbst vorspielt, ist sein Handeln im Verhältnis zur vorherigen Aufnahme als mitbestrafte Nachtat anzusehen⁷⁾. Da der Untersuchungsrichter diese Aufnahme im Rahmen der gerichtlichen Vorunter-

4) Dreher, StGB, § 201 Anm. 2; Maurach, Strafrecht II, § 22 1 D; Schönke-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 9

5) Dreher, StGB, § 201 Anm. 3 A; Maurach, Strafrecht II, § 22 II C 1

6) Dreher, StGB, § 201 Anm. 3 B; Maurach, Strafrecht II, § 22 II C 2; Schönke-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 15

7) Dreher, StGB, § 201 Anm. 8

suchung (§ 184 StPO; seit 1.1.1975 weggefallen), also als Amtsträger (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB) anfertigte, läge nunmehr der Qualifikationsfall des § 201 Abs. 3 StGB vor⁸⁾.

Ebenso wären die Fälle zu beurteilen, in denen von Beamten zum Zwecke der Strafverfolgung heimliche Aufnahmen von Privatgesprächen in der Gefängniszelle, im Besucherraum oder an einem anderen Ort, wo der Sprecher sich nur an einen begrenzten Zuhörerkreis wenden will, angefertigt werden sollten.

2. "Unbefugt" als allgemeines Verbréchensmerkmal

Wie der Formulierung des § 201 Abs. 1 und 2 StGB zu entnehmen ist, ist die "Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes" nur dann mit Strafe bedroht, wenn sie "unbefugt" geschieht.

a) Als "unbefugt" ist nach h.M. jede Handlung anzusehen, "die nicht durch eine besondere Erlaubnis oder durch ein besonderes Recht zu einem derartigen Eingriff gedeckt ist"⁹⁾. "Unbefugt" ist somit als allgemeines Verbréchensmerkmal anzusehen.

b) Demgegenüber vertritt allerdings Seume in seiner Stellungnahme zu dem damals gültigen § 298 StGB¹⁰⁾

8) Dreher, StGB, § 201 Anm. 7 B; Maurach, Strafrecht II, § 82 V C 1; Schönke-Schröder, StGB, § 353d, Rdn. 2

9) Evers, ZRP 1970, 147; Lang-Hinrichsen, Die Polizei, 1970, 80; ebenso Dreher, StGB, § 201 Anm. 4; Maurach, Strafrecht II, § 22 II C 1; Schönke-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 29; Welzel, Strafrecht, S. 338

10) Diss., S. 178/179

die Auffassung, es handele sich hier um ein Tatbestandsmerkmal; denn jeder Sprecher könne darüber bestimmen, ob sein Wort aufgezeichnet werden dürfe. Wenn es aber vom Willen des Sprechers abhängt, ob eine "Verletzung" vorliegt, so habe die Einwilligung des "Verletzten" tatbestandsausschließende Wirkung. Da jedoch "das negativ gefaßte Tatbestandsmerkmal der fehlenden Einwilligung" in § 298 Abs. 1 und 2 StGB nicht ausdrücklich erwähnt sei, ohne das Wort "unbefugt" aber die gesetzliche Beschreibung der spezifischen Rechtsgutsverletzung nicht erschöpfend wäre, komme ihm hier die Bedeutung von "ohne dessen Einwilligung" zu. Mit diesem Inhalt sei das Wort "unbefugt" Tatbestandsmerkmal¹¹⁾.

c) Gegen diese Meinung von Seume spricht, daß der Gesetzgeber bewußt bei der Schaffung des § 298 StGB a.F. von der im Entwurf 1962 in § 183 geplanten Formulierung "ohne dessen Einwilligung"¹²⁾ abgegangen ist und das Wort "unbefugt" eingefügt hat. Denn in § 298 StGB a.F. wurde das Wort "unbefugt" in Anlehnung an die damals geltenden Tatbestände der §§ 299 und 300 StGB (vgl. jetzt: §§ 202, 203 StGB) übernommen, um eine Diskrepanz zum geltenden Recht zu vermeiden. Während in § 183 E 1962 die fehlende Einwilligung als negatives Tatbestandsmerkmal aufgenommen und diese Vorschrift durch eine Sozialadäquanzklausel ergänzt wurde, ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine Handlung dann gem. § 201 StGB "unbefugt", wenn nicht ein besonderes Recht zu einem solchen Eingriff vorliegt. Hierfür kommen neben der Einwilligung vor allem die Rechtfertigung auf Grund einer Güter- und Pflichtenabwägung sowie besondere gesetzliche Eingriffsrechte in Betracht¹³⁾.

11) so auch OLG Köln, NJW 1962, 686 f. zu § 300 StGB

12) vgl. Schwalm, ZStW 74 (1962), 156 (492)

13) siehe Str-ABTag, S. 1355 (70. Sitzung); vgl. auch Lackner, StGB § 201 Anm. 5

d) Im übrigen hat die rechtliche Qualifikation des Kriteriums "unbefugt" nur dann Auswirkungen, wenn der Täter fälschlicherweise glaubt, mit Einwilligung des Sprechers zu handeln; denn dann läge nach h.M. ein Verbotsirrtum, nach der Auffassung von Seume¹⁴⁾ aber ein Tatbestandsirrtum vor.

Den hier zu behandelnden Fällen ist es aber eigentümlich, daß mangels Kenntnis von der Aufnahme gerade keine Einwilligung vorliegt und der Beamte, der diese Aufnahme anfertigt, dies auch nicht glaubt. Hier geht es vielmehr um die Frage, ob für die heimliche Tonaufnahme eines Gesprächs eine Befugnis vorliegt. Da aber bei der Entscheidung, ob sich ein Täter gem. § 201 StGB strafbar gemacht hat, wie bei einer jeden anderen Strafbestimmung zu prüfen ist, ob der Tatbestand erfüllt ist und ob Rechtfertigungsgründe für das Handeln vorliegen, ist unerheblich, ob durch das Wort "unbefugt" nur "auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung hingewiesen werden sollte"¹⁵⁾ oder ob es sich um ein Tatbestandsmerkmal in dem oben dargelegten Umfang handelt. Abzustellen ist hier jeweils auf die Frage nach der Berechtigung zur heimlichen Aufnahme.

14) Diss., S. 179

15) so OLG Köln, NJW 1962, 687 in seinen Überlegungen zur entsprechenden Formulierung in § 300 StGB a.F.

II. §§ 100a, 100b StPO als spezielle gesetzliche Befugnis zur heimlichen Tonaufnahme von Telefongesprächen

Bei der Klärung der Frage, inwieweit sich heimliche Tonaufnahmen von Beamten der Strafverfolgungsbehörden rechtfertigen lassen, ist zunächst von der z.Zt. ausdrücklich im Gesetz geregelten Befugnis zu solchem Handeln auszugehen, um dann daraus eventuell auf weitere entsprechende Fälle Rückschlüsse ziehen zu können.

1. Ausdrückliche Ermächtigung bei Telefongesprächen zum Zwecke der Strafverfolgung

Diese besondere Erlaubnis für Behörden zur heimlichen Tonaufnahme von Gesprächen wurde durch das Gesetz zu Art. 10 GG vom 13.8.1968¹⁶⁾ geschaffen, das mit seinem Art. 2 die §§ 100a und 100b in die StPO einfügte¹⁷⁾.

Demnach dürfen bei Vorliegen bestimmter Staatsschutzdelikte (z.B. Friedensverrat, Hochverrat, Straftaten gegen die Landesverteidigung) oder Straftaten der

16) BGBI. I, S. 949

17) Die verfassungsmäßigen Bedenken, die vor allem Dürig (ZRP 1968, 11), Hall (JZ 1968, 162) und Ule (DVB1 1967, 681) geltend machten, wurden zwar durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970 (BVerfGE 30,1) nicht völlig ausgeräumt (vgl. Häberle, JZ 1971, 145 f.; Hall, JuS 1972, 132 f.). Sie richten sich aber nicht gegen das hier zu besprechende Abhören der Strafverfolgungsbehörden, sondern gegen das Tätigwerden der Verfassungsschutzbehörden.

schwersten Kriminalität (Mord, Totschlag, Münzverbrechen, Raub, räuberische Erpressung, Menschenraub, Verschleppung, erpresserische Kindesentführung, Mädchenhandel, gemeingefährliche Verbrechen sowie Erpressung) die Überwachung und die Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger angeordnet werden. Zuständig hierfür ist der Richter, bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft (§ 100b Abs. 1 S. 1, 2 StPO). Voraussetzung der Anordnung ist aber, daß die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (§ 100a S. 1 a.E. StPO) und sich die Anordnung nur gegen den Beschuldigten oder den Nachrichtenmittler¹⁸⁾ richtet (§ 100a S. 2 StPO).

Zwar betrifft diese Regelung nicht unmittelbar das Schutzgut des gesprochenen Wortes, denn sie bezieht sich in erster Linie auf das Fernmeldegeheimnis (§ 10 Fernmeldeanlagen-gesetz)¹⁹⁾. Indem aber die Erlaubnis des § 100a StPO, die ja erst nach Inkrafttreten der §§ 298, 353d StGB a.F. geschaffen wurde, ausdrücklich die Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger vorsieht, dürften keine Zweifel daran bestehen, daß es sich bei der legalen Aufzeichnung eines Telefongesprächs auch um ein befugtes Vorgehen im Sinne des § 201 StGB handelt²⁰⁾.

18) Zu diesem Begriff vgl. Kaiser, NJW 1969, 19; Kleinknecht, StPO, § 100a Anm. 6

19) vgl. Evers, ZRP 1970, 148

20) so auch Dahs, Handbuch, Rdn. 486; Dreher, StGB, § 201 Anm. 4; Evers, ZRP 1970, 148; Kaiser, NJW 1974, 349; Kleinknecht, StPO, § 100a Anm. 2; Maurach, Strafrecht II, § 22 II C 1; Schöнке-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 40

2. Abschließende Regelung im Bereich der Strafverfolgung?

Wenn somit feststeht, daß unter den genannten Umständen behördliche Tonaufnahmen von Telefongesprächen zum Zwecke der Strafverfolgung erlaubt sind, so muß geklärt werden, ob durch diese gesetzliche Regelung allgemein die Möglichkeit der Strafverfolgungsbehörden zur heimlichen Aufnahme fremder Gespräche eingeschränkt werden sollte.

a) Soweit es sich dabei um die heimliche Aufzeichnung von Telefongesprächen handelt, muß der gesetzlichen Regelung entnommen werden, daß für den Bereich der Strafverfolgung durch das Gesetz zu Art. 10 GG in §§ 100a, 100b StPO eine abschließende Regelung geschaffen wurde. Denn indem der Gesetzgeber für diesen Bereich die Straftaten katalogmäßig aufgezählt hat, bei denen eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs möglich ist, hat er dahingehend eine Entscheidung getroffen, daß nur in diesen Fällen das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung der Straftaten das Interesse des einzelnen an der Wahrung des Fernmeldegeheimnisses und am Schutze der Vertraulichkeit des Wortes überwiegt²¹⁾. Daraus folgt andererseits aber auch, daß in allen anderen Fällen das Interesse des einzelnen höher als das öffentliche Strafverfolgungsinteresse einzuschätzen ist, daß also bei der Aufklärung aller anderen Fälle das Fernmeldegeheimnis eines Beschuldigten gewahrt werden muß^{21a)}. Mag folglich ein Diebstahl,

21) vgl. Kleinknecht, StPO, § 100a Anm. 4 A

21a) Zu weiteren Rechtfertigungsgründen vgl. Abschn. IV (S. 30 f.). Allerdings ist hierbei zu beachten, daß der Anspruch auf Wahrung des Fernsprechgeheimnisses nicht gegenüber dem Gesprächspartner besteht (vgl. BayObLG JZ 1974, 393).

eine Körperverletzung oder ein Sittlichkeitsverbrechen im Einzelfall noch so gemein und verachtenswert gewesen sein, das Fernmeldegeheimnis eines Verdächtigen darf - allein zum Zwecke der Strafverfolgung - nicht angetastet werden²²⁾. Die Behörden müssen sich bei der Überführung des Täters auf andere Beweismittel beschränken.

b) Dagegen kann der Regelung der §§ 100a, 100b StPO keine Aussage darüber entnommen werden, ob Gespräche, die nicht unter das Fernmeldegeheimnis fallen, zum Zwecke der Strafverfolgung aufgezeichnet werden dürfen. Denn wenn auch durch das Gesetz zu Art. 10 GG eine Befugnis zur heimlichen Tonaufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes geschaffen wurde, so besteht kein Anlaß, daraus den Schluß zu ziehen, daß dadurch der Gesetzgeber gleichzeitig die Aufzeichnung aller anderen Gespräche verbieten wollte. Es muß vielmehr - unabhängig von der Regelung der §§ 100a, 100b StPO - überprüft werden, ob nicht solche Gespräche aus anderen Gesichtspunkten erlaubt sein können.

III. Rechtfertigung heimlicher Tonaufnahmen sonstiger Gespräche im Rahmen der Strafverfolgung?

Da für den Bereich der Strafverfolgung lediglich die heimliche Aufzeichnung von Telefongesprächen in §§ 100a, 100b StPO ausdrücklich geregelt ist, stellt sich die Frage, ob die Aufnahme von Privatgesprächen durch Strafverfolgungsorgane nicht auch ohne eine solche spezielle gesetzliche Ermächtigung gerechtfertigt werden kann.

22) vgl. Evers, ZRP 1970, 148; Weber, NJW 1973, 1056

1. Verfassungsrechtlicher Schutz des Rechts am gesprochenen Wort

Gespräche im privaten Bereich stehen unter dem Schutz des in Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Denn zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört "die Befugnis des Menschen, selbst darüber zu bestimmen, ob seine Worte einzig seinem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen, und erst recht, ob seine Stimme mittels eines Tonträgers festgehalten werden darf."²³⁾

Dem strafrechtlichen Schutze dieses "Rechts am gesprochenen Wort" dient die Regelung des § 201 StGB²⁴⁾. Sollte daher ein Eingriff in das durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Recht zulässig sein, so würde daraus auch die Befugnis zu einer i.S.d. § 201 StGB tatbestandsmäßigen Handlung folgen. Denn wenn der Eingriff in das zu schützende Rechtsgut gerechtfertigt ist, enthält dies auch die strafrechtliche Erlaubnis zu solchem Handeln.

2. Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch "die Rechte anderer"

Gem. Art. 2 Abs. 1 GG findet die freie Entfaltung der Persönlichkeit dort ihre Schranken, wo die Rechte anderer verletzt werden. Daraus folgt, daß auch private Äußerungen dann nicht unter den Schutz dieses Grund-

23) BGHZ 27, 284 (286); BGHSt 14, 358 (360); 19, 325 (327); vgl. auch BVerfGE 34, 238 (246)

24) vgl. BVerfGE 34, 238 (247); § 183 E 1962, Begründung, S. 331

rechts fallen, wenn sie beispielsweise Bestandteil einer Straftat sind.

So hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 14.6.1960 ²⁵⁾ festgestellt, daß auch das Recht am gesprochenen Wort nur in den durch Art. 2 Abs. 1 GG festgesetzten Grenzen gilt: "Wer sie rechtswidrig überschreitet, begibt sich der ausschließlichen Bestimmung über sein Wort. Jedenfalls muß er dann die Verteidigung des angegriffenen Gutes und die Wiederherstellung der verletzten Rechts- und Sittenordnung dulden."²⁶⁾

Eine ähnliche Aussage ist auch in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.2.1964²⁷⁾ enthalten: "Ein solches Beweis- und Verwertungsverbot hat jedoch nur Berechtigung, soweit es sich um Äußerungen handelt, die ihrem Inhalt nach als Ausfluß der Persönlichkeit des Verfassers in Betracht kommen. Die Entfaltung, nicht der Verfall der Persönlichkeit wird durch die Grundrechte geschützt."²⁸⁾

Diese Entscheidungen drücken also aus, daß derjenige, welcher durch Mißbrauch seines Rechts am gesprochenen Wort die Rechte eines anderen verletzt, sich nicht auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen kann, wenn eine Tonaufnahme das angemessene Mittel ist, um diesen Übergriff abzuwehren oder entstandene Nachteile zu beseitigen²⁹⁾. Dabei liegt eine solche

25) BGHSt 14, 358 f.

26) a.a.O., S. 361

27) BGHSt 19, 325 f.

28) a.a.O., S. 331

29) vgl. Roessler, Diss., S. 132

"Verwirkung" des Rechts am gesprochenen Wort nur vor, wenn gerade dieses Recht mißbraucht wird. Die heimliche Tonaufnahme eines Gesprächs kann infolgedessen nur zulässig sein, wenn durch dieses Gespräch selbst die erlaubten Grenzen überschritten werden, wenn also die Äußerung selbst eine Straftat darstellt (z.B. §§ 185 f, 253, 255, 333 StGB)³⁰⁾.

Daher können aus diesem Gesichtspunkt heimliche Tonaufnahmen von Unterhaltungen, die sich auf bereits begangene Straftaten beziehen, nicht gerechtfertigt werden, wenn dadurch lediglich eine Straftat aufgeklärt werden soll. Denn unter den "Rechten anderer" können nur die Rechte privater Dritter verstanden werden³¹⁾, während das Strafverfahren unmittelbar allein staatlichen Zwecken dient³²⁾. Zwar kann ein Strafverfahren auch Auswirkungen auf zivilrechtliche Forderungen einer Privatperson haben - insbesondere bei Schadensersatzansprüchen des Verletzten -, doch wird dieser Zweck nur mittelbar, nämlich neben der Bestrafung des Täters erfüllt, wobei hinzukommt, daß der Zivilrichter nicht an die Feststellungen des Strafrichters gebunden ist³³⁾.

30) vgl. Baumann, Lehrb., § 21 II 1a

31) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. I, Rdn. 13-15

32) vgl. Lang-Hinrichsen, Die Polizei 1970, 48

33) vgl. Baumbach-Lauterbach, EGZPO, § 14 Anm. 1; Bernhardt, ZPO, S. 55; Schwab in: Rosenberg-Schwab, ZPO, § 12 II 2b; zur Bindung des Strafrichters an Zivilurteile s. Kleinknecht, StPO, § 262 Anm. 3

3. Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das Sittengesetz

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird gem. Art 2 Abs. 1 GG auch durch das "Sittengesetz" eingeschränkt. Aber auch wenn man berücksichtigt, daß durch die Verbrechensbekämpfung eine sittliche Aufgabe erfüllt wird, so läßt sich allein daraus keine Erlaubnis zur heimlichen Tonaufnahme von Privatgesprächen herleiten. Denn die Aussage im Grundgesetz ist zu unbestimmt, zu wenig konkret, als daß hierdurch ein Eingriff in das Recht am gesprochenen Wort gerechtfertigt werden könnte³⁴⁾.

4. Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch "die verfassungsmäßige Ordnung"

Als weitere Einschränkung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist in Art. 2 Abs. 1 GG schließlich "die verfassungsmäßige Ordnung" genannt. Unter diesem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁵⁾ "die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind", zu verstehen.

Nun liegt zwar für den Bereich der Strafverfolgung nur eine gesetzliche Regelung vor, die einen Eingriff in das Recht am gesprochenen Wort ausdrücklich zuläßt. Denn lediglich die §§ 100a, 100b StPO enthalten eine solche unmittelbare Aussage zur Rechtfertigung heimlicher Tonaufnahmen von Privatgesprächen.

34) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 16; Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art. 2, Anm. 12

35) BVerfGE 5, 32 (36)

Andererseits ist aber zu bedenken, daß der deutsche Strafprozeß vom Grundsatz der Wahrheitsermittlung von Amts wegen beherrscht wird³⁶⁾. Denn gem. § 160 Abs. 2, § 163 Abs. 1, § 244 Abs. 2 StPO sind die Strafverfolgungsorgane verpflichtet, von sich aus alle Beweise zu erheben, die Aufklärung über belastende oder entlastende Umstände bringen können.³⁷⁾

Des weiteren hat die Strafprozeßordnung nicht katalogmäßig aufgezählt, mit welchen technischen Mitteln die Strafverfolgungsbehörden ihre so gewonnenen Erkenntnisse festzuhalten haben. Es steht ihnen vielmehr frei, ja sie sind im Interesse einer wirksamen Verbrechensbekämpfung sogar dazu verpflichtet, das Wahrgenommene möglichst sorgfältig und genau aufzunehmen und sich dabei auch modernster technischer Mittel zu bedienen.

Wie es nun aber beispielsweise gegen die Anfertigung von Lichtbildern zum Festhalten des Gesehenen keine Bedenken geben dürfte, kann auch nicht die Verwendung von Tonaufnahmegeräten zur Fixierung des Gehörten von vornherein generell ausgeschlossen werden.

5. Einschränkung des Rechts am gesprochenen Wort auf Grund einer Abwägung der betroffenen Interessen

a) Bei der Überprüfung, in welchen Fällen heimliche behördliche Tonaufnahmen von Privatgesprächen in zulässiger Weise angefertigt werden können, ist auf die Rechtsgüter einzugehen, die sich hier gegenüberstehen.

36) vgl. Kleinknecht, StPO, Einl. 1 Jc, § 244 Anm. 4 A; ebenso Kaiser, NJW 1974, 349

37) vgl. Kleinknecht, StPO, Einl. 1 Jc

Auf der Seite des von der heimlichen Aufnahme Betroffenen ist gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das "Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit" zu achten, wozu auch in bestimmten Grenzen das "Recht am gesprochenen Wort" gehört. Denn die Unantastbarkeit der Persönlichkeit würde erheblich geschmälert, wenn andere ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen über sein nicht öffentlich gesprochenes Wort nach Belieben verfügen dürften³⁸⁾.

Auf der anderen Seite mißt aber auch das Grundgesetz den Erfordernissen einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung zu. Es läßt sich zwar nicht die allgemeine Regel aufstellen, daß der Zweck der Wahrheitsermittlung wertvoller sei als der Schutz der individuellen Freiheit und der körperlichen Unversehrtheit³⁹⁾. Denn die Strafprozeßordnung gebietet nicht, "daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte."⁴⁰⁾ Doch hat das Bundesverfassungsgericht auch wiederholt die "unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung"⁴¹⁾ sowie das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozeß - zur Überführung von Straftätern wie zur Entlastung Unschuldiger -⁴²⁾ hervorgehoben. Die wirksame Aufklärung insbesondere von schweren Straftaten stellt demnach einen wesentlichen Auftrag für ein rechtsstaatliches Gemeinwesen dar⁴³⁾, da ohne die Aufrechterhal-

38) vgl. BVerfGE 34, 238 (246); BGHZ 27, 284 (286); BGHSt 14, 358 (360); 19, 325 (327); KG NJW 1956, 26 (27);

39) so Sauer, JR 1949, 501

40) BGHSt 14, 358 (365); vgl. auch BVerfGE 32, 373 (381)

41) BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45 (49), 144 (147)

42) BVerfGE 32, 373 (381)

43) BVerfGE 29, 183 (194)

tung einer funktionstüchtigen Rechtspflege der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann⁴⁴⁾.

b) Stellt man nun diese beiden Interessen gegenüber, so muß zunächst beachtet werden, daß das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt⁴⁵⁾. Denn da nach der Grundnorm des Art. 1 Abs. 1 GG die Würde des Menschen unantastbar ist und zudem gem. Art. 19 Abs. 2 GG auch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden darf⁴⁶⁾, muß dem einzelnen ein bestimmter höchstpersönlicher Bereich, die Intimsphäre, zuerkannt werden, die dem Zugriff öffentlicher Gewalt verschlossen zu bleiben hat. In dem hier angesprochenen Rahmen sind dies alle Gespräche und Kundgebungen, die sich auf innerste Vorgänge im Betroffenen beziehen und deren Offenlegung oder Weitergabe ihn in peinlichster Art bloßstellen würde. Bei solchen Äußerungen ist den staatlichen Organen jede heimliche Tonaufnahme verwehrt, auch wenn sie zur Tataufklärung unbedingt erforderlich wäre⁴⁷⁾.

c) Andererseits steht aber nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG. Denn auch das Recht am gesprochenen Wort kann nicht unbegrenzt gelten. Der "Gefahr, daß in verständlichem Bemühen um eine zweckmäßige Verfahrensgestaltung unverzichtbare Frei-

44) BVerfGE 33, 367 (383)

45) BVerfGE 6, 32 (41), 389 (433); 27, 1 (6), 344 (350 f); 32, 373 (378 f); 33, 367 (376); 34, 238 (245)

46) BVerfGE 27, 344 (350 f); 32, 373 (379); 34, 238 (245)

47) BVerfGE 34, 238 (245)

heitsrechte des Betroffenen unversehens beiseite geschoben oder unnötig beschnitten werden, steht ... eine andere Gefahr nicht minder drohend gegenüber: daß das ängstliche Bemühen um uneingeschränkte Wahrung dieser Freiheitsrechte im prozessualen Bereich zu einer verkrampften, doktrinär übersteigerten Betonung dieser Rechte führt und dadurch das Zustandekommen und Funktionieren einer zweckmäßigen Verfahrensregelung zur sachgerechten Strafrechtspflege behindert oder gar lähmt."⁴⁸⁾

So ist zu bedenken, daß sich der Großteil der Gespräche zwar im privaten Rahmen zuträgt, daß es sich aber nur in seltenen Fällen um höchstpersönliche Dinge handeln wird. In diesem Bereich muß es daher der Betroffene als "gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger" zulassen, daß eine Abwägung zwischen dem privaten "Recht am gesprochenen Wort" und den Erfordernissen einer wirksamen Rechtspflege stattfindet⁴⁹⁾, daß er also staatliche Maßnahmen hinzunehmen hat, "die im Überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots getroffen werden"⁵⁰⁾.

d) Es kann zwar die Frage, wann ein Sprecher wegen überwiegender öffentlicher Interessen eine heimliche Tonaufnahme hinzunehmen hat, nicht generell beantwortet werden, doch dürften auch hier die Maßstäbe Anwendung

48) Sax in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III 2, S. 969

49) BVerfGE 4, 7 (15 f); 27, 1 (7); 32, 373 (378); 33, 367 (377); 34, 238 (246)

50) BVerfGE 32, 373 (378); 33, 367 (377); 34, 238 (246); ebenso Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, Einl., 1 J f; Löwe-Rosenberg, StPO, Einl., Kap. 12 IV

finden, die das Bundesverfassungsgericht zur Beurteilung der Verwertbarkeit heimlich hergestellter privater Tonbandaufnahmen aufgestellt hat⁵¹⁾. Demnach wird den Beamten der Strafverfolgungsbehörden eine heimliche Tonaufnahme von Privatgesprächen gestattet sein "in Fällen schwerer Kriminalität - sei es gegen Leib und Leben anderer, sei es gegen die existentiellen Grundlagen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung oder gegen sonstige Rechtsgüter vergleichbaren Ranges - zur Feststellung der Identität von Straftätern wie zur Entlastung zu Unrecht Beschuldigter"⁵²⁾. Die Grundlinie für die unter diesen Blickpunkten zulässigen Eingriffe in das Recht am gesprochenen Wort dürfte daher in etwa so zu ziehen sein, wie der Gesetzgeber sie in § 100a StPO zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs und seiner Aufzeichnung auf Tonträger festgesetzt hat.

e) Allerdings ist hier von entscheidender Bedeutung, ob ein solcher Eingriff dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht⁵³⁾. Dabei ist zu berücksichtigen, wie tief eine beabsichtigte heimliche Tonaufnahme - gemessen an dem mutmaßlichen Charakter des Gesprächs - in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Sprechers eingreifen würde. Insbesondere ist jedoch bei der Abwägung der Schwere des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gegenüber den berechtigten Erfordernissen der Strafrechtspflege nicht lediglich auf den abstrakt umschriebenen Deliktsworwurf, sondern auf das im Einzelfall in Betracht kommende konkrete Tatunrecht abzustellen⁵⁴⁾.

51) BVerfGE 34, 238 f

52) a.a.O., S. 249/250

53) BVerfGE 34, 238 (250)

54) BVerfGE 34, 238 (250)

f) Um die Eingriffe in das Recht am gesprochenen Wort nur auf das äußerst Notwendige zu beschränken, wird zur Zulässigkeit einer heimlichen Tonaufnahme weiterhin erforderlich sein, daß die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre⁵⁵⁾.

6. Überlegungen von Dürig und Klein

Von ähnlichen Überlegungen zur heimlichen Tonaufnahme von Strafverfolgungsorganen sind auch Dürig⁵⁶⁾ und Klein⁵⁷⁾ ausgegangen. Demnach erstreckt sich die in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG festgelegte Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, auch darauf, den einzelnen durch eine wirksame Strafverfolgung vor kriminellen Eingriffen zu schützen.

Dürig stellt daher die Frage: "Verletzt nicht die Nichtausschöpfung der letzten Möglichkeit der Wahrheitsermittlung gleichzeitig die Würde des vom vernommenen Rechtsbrecher angegriffenen Opfers? Zwingt Art. 1 Abs. 1 S. 2 dann nicht verfassungsrechtlich dazu, der Würde des Opfers wegen der materiellen Wahrheit zum Siege zu verhelfen, wenn es auch auf Kosten der Grundrechte des vernommenen Rechtsbrechers geht?"⁵⁸⁾

55) vgl. § 100a StPO; BVerfGE 34, 238 (250)

56) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. I, Rdn. 37

57) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 1, Anm. III 5 a

58) Dürig, a.a.O., Rdn. 37

Dürig verneint dann zwar diese Frage und kommt zu einem Verbot heimlicher Tonaufnahmen für alle Staatsorgane⁵⁹⁾, da bis zu einer Verurteilung der Straftäter und sein Opfer - rechtlich gesehen - auf einer Stufe stünden⁶⁰⁾ und infolgedessen zwischen ihnen auch kein Vergleich angestellt werden dürfe, durch den die höhere "Bewertung" des Opfers zu einer Grundrechtseinschränkung des vermutlichen Täters führen könnte⁶¹⁾.

Bei diesen Ausführungen von Dürig ist aber zu bedenken, daß sich hier nicht nur die Rechte des Straftäters und des Opfers gegenüberstehen und hieran die Zulässigkeit eines Eingriffs zu messen ist, vielmehr ist auch zu berücksichtigen, daß auch der Straftäter "als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger" unter bestimmten Umständen staatliche Maßnahmen hinzunehmen hat, weil diese "im Überwiegenden Interesse der Allgemeinheit" getroffen werden⁶²⁾.

Zu weit geht allerdings Klein⁶³⁾, wenn er die Frage stellt, ob nicht "zumindest gegenüber besonders 'ausgekochten' vorbestraften Beschuldigten zur Wahrung der Würde etwa einer vergewaltigten Frau oder einer durch Verkehrsmord unter Alkoholeinfluß ums Leben gekommenen Person" auch die Würde betroffen werden könne. Denn hier

59) Dürig a.a.O., Rdn. 39

60) vgl. Art. 6 Abs. 2 MRK. Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 wurde durch das Bundesgesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II 685, 953) innerstaatlich anwendbares Recht; vgl. Kleinknecht, StPO, MRK, Vorb. 1

61) Dürig, a.a.O., Rdn. 37; vgl. auch Lang-Hinrichsen, Die Polizei 1970, 49; Peters, Beweisverbote, S. 141

62) vgl. BVerfGE 34, 238 (246)

63) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 1, Anm. III 5a

ist zu bedenken, daß die Würde jedes Menschen gem. Art. 1 Abs. 1 GG unantastbar ist und deshalb auch im Rahmen der Strafverfolgung seine Intimsphäre geachtet werden muß⁶⁴⁾.

7. Ausführungen von Roggemann

Roggemann⁶⁵⁾ verweist zur Rechtfertigung heimlicher amtlicher Tonaufnahmen auf die Vorschriften, die im Rahmen der Strafverfolgung vergleichbare Persönlichkeitsverletzungen zulassen:

§ 24 KunstUrhG⁶⁶⁾ gestatte, für Zwecke der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit Bildnisse ohne Einwilligung des Abgebildeten öffentlich zu verbreiten⁶⁷⁾. In § 12 FernmeldeanlagenG sei gleichzeitig eine Einschränkung des Rechts an der Privat- und ~~Gehörs~~ Intimsphäre enthalten, da die vorgesehenen "Auskünfte" ein heimliches Abhören der Telefongespräche ohne Rücksicht auf deren Inhalt voraussetzen⁶⁸⁾. Des weiteren ermöglichten die §§ 99, 100 StPO dem Richter bzw. der Staatsanwaltschaft, die Beschlagnahme von Postsendungen und Telegrammen zu erwirken⁶⁹⁾. Schließlich erlaube § 81b StPO, soweit es für die Durchführung eines Strafverfahrens oder für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist, Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen dessen Willen aufzunehmen und Messungen und ähnliche Maßnahmen vorzunehmen⁷⁰⁾. Betrachte man nun diese Vorschriften unter dem Blickwinkel des Schutzbefeh-

64) vgl. BVerfGE 34, 238 (245)

65) Tonband, S. 109 f

66) vgl. jetzt: § 45 Abs. 2 UrhG

67) Tonband, S. 113

68) a.a.O., S. 114

69) a.a.O., S. 114

70) a.a.O., S. 117

les aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, so ergebe sich "im Wege rechtsfortbildender Auslegung oder analoger Anwendung" daraus für die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit, zur Ahndung schwerer Verbrechen auch heimliche Tonaufnahmen anzufertigen, solange nicht dadurch die Menschenwürde des Sprechers verletzt werde⁷¹⁾.

Zu diesen Ausführungen von Roggemann ist zu sagen, daß er im Ergebnis für die Zulässigkeit behördlicher Tonaufnahmen ähnliche Grenzen zieht, wie sie das Bundesverfassungsgericht für die Verwertbarkeit privater Aufnahmen festgelegt hat⁷²⁾. Allerdings ist hierbei nicht erforderlich, Eingriffsrechte in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG "im Wege rechtsfortbildender Auslegung oder analoger Anwendung" zu finden. Denn da die Strafprozeßordnung nicht katalogmäßig aufgezählt hat, mit welchen technischen Mitteln die Strafverfolgungsbehörden ihre Erkenntnisse festzuhalten haben, kann sich die Zulässigkeit heimlicher behördlicher Tonaufnahmen nicht aus dem Vergleich mit anderen, im Gesetz genannten Eingriffsnormen ergeben. Entscheidend ist vielmehr allein die Abwägung zwischen dem Interesse des einzelnen auf Wahrung des privaten Bereichs und dem Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen Verbrechensbekämpfung⁷³⁾.

71) a.a.O., S. 112/113

72) vgl. BVerfGE 34, 238 f

73) vgl. BVerfGE 34, 238 (249)

8. Zusammenfassung

Das Recht am gesprochenen Wort steht unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG. Jedem ist dadurch ein Kernbereich privater Lebensgestaltung garantiert, in den unter keinen Umständen eingegriffen werden darf. In diesem Bereich, der Intimsphäre, ist jede heimliche Tonaufnahme verboten.

Unter diesem absoluten Schutz steht jedoch nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens. In den meisten Fällen wird sich das Gespräch nicht auf höchstpersönliche Dinge beziehen. In diesem - weiteren - Bereich muß jedermann "als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger" staatliche Maßnahmen hinnehmen, die "im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots getroffen werden". Da das Grundgesetz auch den Erfordernissen einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung beimißt, folgt daraus, daß hier die Strafverfolgungsorgane in Fällen schwerer Kriminalität zur Feststellung der Identität von Straftätern wie zur Entlastung zu Unrecht Beschuldigter heimliche Tonaufnahmen von fremden Gesprächen anfertigen dürfen. Allerdings ist hierbei jeweils im Einzelfall eine Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem in Betracht kommenden konkreten Tatunrecht vorzunehmen, wobei die Wertung des Gesetzgebers in § 100a StPO eine wertvolle Hilfe sein dürfte.

IV. Rechtfertigung heimlicher Tonaufnahmen aus anderen Gesichtspunkten

1. Umfang polizeilichen Tätigwerdens

Die vorliegende Arbeit hat sich mit dem Problem der heimlichen Tonaufnahme im Strafverfahren zu befassen. Es gilt somit in erster Linie zu klären, inwieweit solche behördlichen Aufnahmen zum Zwecke der Strafverfolgung zulässig sind. Nicht selten aber haben Strafverfolgungsorgane Ermittlungen anzustellen, bei denen die staatliche Aufgabe der Strafverfolgung mit einem anderen, rechtfertigenden Gesichtspunkt zusammentrifft. Möglicherweise bieten sich hierdurch den Beamten neue, weitergehende Eingriffsmöglichkeiten und damit auch die Befugnis zur heimlichen Tonaufnahme fremder Gespräche.

2. Nothilfe und rechtfertigender Notstand

Für die Befugnis eines Polizeibeamten oder Staatsanwalts zu einem sonst nach § 201 StGB strafbaren Verhalten können vor allem die Rechtfertigungsgründe des Strafrechts, also insbesondere Notwehr und rechtfertigender Notstand herangezogen werden.

a) Notwehr ist hierbei "die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren" (§ 32 Abs. 2 StGB). Wie bereits der Gesetzestext besagt, kann Notwehr auch zugunsten eines Dritten geübt werden; sie

sie wird dann meist als "Nothilfe" oder "Notwehrhilfe" bezeichnet⁷⁴⁾.

Selbst wenn man in einem solchen Fall nicht bereits von einer in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.6.1960⁷⁵⁾ zum Ausdruck gekommenen "Verwirkung" des Rechts am gesprochenen Wort ausgeht und deshalb schon die Tatbestandsmäßigkeit einer behördlichen Tonaufnahme in Bezug auf § 201 StGB verneint⁷⁶⁾, so könnte doch beispielsweise die heimliche Aufzeichnung eines erpresserischen Telefonanrufs aus dem Gesichtspunkt der Nothilfe gerechtfertigt sein. Denn der Anruf des Erpressers bei seinem Opfer ist Teil des gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs auf das Vermögen des Erpreßten⁷⁷⁾, den es durch die Feststellung des Täters abzuwehren gilt⁷⁸⁾.

b) Auf rechtfertigenden Notstand kann sich berufen, "wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, "wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren das geschützte Interesse das beeinträchtigt-

74) Baumann, Lehrb., § 21 II 1a; Dreher, StGB, § 32 Anm. 3C; Mezger-Blei, Strafrecht I, § 40 II 4; Schönke-Schröder, StGB, § 53, Rdn. 9; Welzel, Strafrecht, § 14 II 4

75) BGHSt 14, 358 (361)

76) so Baumann, Lehrb., 5. Aufl., § 21 II 1a

77) vgl. Dreher, StGB, § 253 Anm. 2

78) Bockelmann, Niederschr., 9 Bd., S. 187; Kohlhaas, NJW 1972, 238, 240; Lackner, StGB, § 201 Anm. 5a cc; Petters-Preisendanz, StGB, § 298 Anm. 6b; Welzel, Strafrecht, § 45 III

te wesentlich überwiegt." Weitere Voraussetzung ist, daß die Rettungshandlung "ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden"⁷⁹⁾.

Zweifelloos gehört hierzu das von Schröder⁸⁰⁾ aufgeführte Beispiel, daß durch eine heimliche Tonaufnahme ein bevorstehendes schweres Verbrechen verhindert werden soll; denn hier stehen sich als betroffene Rechtsgüter auf der einen Seite das durch das geplante Verbrechen bedrohte Rechtsgut - sei es nun Leben, Gesundheit, Eigentum oder Vermögen des gedachten Opfers -, auf der anderen Seite das Recht des Verbrechens am gesprochenen Wort gegenüber. Dabei muß der Schutz des bedrohten Opfers der Straftat den Vorrang vor dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des entschlossenen Täters haben. Allerdings hängt es stets vom Einzelfall ab, ob die Gefahr nicht anders abzuwenden ist.

Wenn Maurach⁸¹⁾ als Beispiel für einen Fall des rechtfertigenden Notstandes anführt, daß ein Polizeibeamter das Gespräch zweier einen Verbrechensplan ausheckender Ganoven aufnimmt, so kann dem nur mit Einschränkungen zugestimmt werden. Denn eine Tonaufnahme ist nur dann gem. § 34 StGB gerechtfertigt, wenn eine gegenwärtige Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut besteht, also bereits ein konkreter Verbrechensplan vorliegt, nicht aber wenn sich die Ganoven erst überlegen, welches "Ding" sie denn nun "drehen" könnten.

79) so § 34 StGB; vgl. auch § 12 OWiG, Mezger-Blei, Strafrecht I, § 47; Petters-Preisendanz, StGB, § 298 Anm. 6 c; Welzel, Strafrecht, § 14 IV

80) Schönke-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 40a

81) Strafrecht II, § 22 II C 1

3. Einschränkung durch Polizeigesetze?

Es könnten sich allerdings Bedenken ergeben, ob nicht die Möglichkeit eines Polizeibeamten, auf Grund der Nothilfe oder des rechtfertigenden Notstandes tätig zu werden, durch die Polizeigesetze eingeschränkt wird. Denn der Beamte, der sich auf einen dieser Rechtfertigungsgründe stützt, wird gleichzeitig zur "Verhütung oder Unterbindung einer Straftat" tätig, wofür seine Befugnisse in den speziellen Landesgesetzen festgelegt sind⁸²⁾.

Sollte nun ein Polizeibeamter außerhalb des Bereiches der Strafverfolgung eine heimliche Tonaufnahme anfertigen, die zwar der Verhütung oder Unterbindung einer Straftat dient, für die aber in den Polizeigesetzen keine spezielle Befugnis enthalten ist, so stellt sich die Frage, ob dieses behördliche Handeln überhaupt durch Nothilfe oder rechtfertigenden Notstand erlaubt ist.

a) Dafür spricht zwar der in manchen Polizeigesetzen enthaltene "Notwehrvorbehalt"; dieser besagt, daß den Beamten neben ihren polizeirechtlichen Befugnissen das Recht der Notwehr und des Notstandes belassen bleiben soll⁸³⁾, daß also ein Polizeibeamter sowohl nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung und der Polizeigesetze wie auch auf Grund des Nothilfe- und Notstandsrechts vorgehen kann.

82) In Bayern beispielsweise ist dies das "Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern" i.d.F. vom 24.10.1974; zit.: BayPAG

83) vgl. Art. 39 Abs. 3 S. 1 BayPAG a.F.

Dem hält aber Blei⁸⁴⁾ entgegen, daß dieser "Notwehrvorbehalt der Polizeibeamten mit Logik und Rechtsordnung unvereinbar" sei, da dann in der Person des Polizisten verschiedene Ermächtigungen mit unterschiedlichen Eingriffsmöglichkeiten zusammentreffen würden. Es sei unmöglich, daß zwei Gesetze (Polizeigesetz und Strafgesetzbuch), die Verschiedenes in Bezug auf den gleichen Gegenstand anordneten, mit dem Anspruch auf gleichberechtigte Geltung nebeneinander bestünden. "Man kann der Polizei entweder die allgemeinen Handlungsbefugnisse auf Grund der Notwehr- und Notstandsbefugnisse zubilligen, oder man kann ihr bestimmte Aufgaben und die zu ihrer Erfüllung notwendigen Mittel zuweisen; man kann sie aber nicht durch Polizeirecht auf gewisse Aufgaben und Befugnisse beschränken und ihr zugleich damit die uneingeschränkten allgemeinen Handlungsbefugnisse verleihen."⁸⁵⁾ Wenn ein Angriff die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht berühre, oder wenn er zwar ein polizeiliches Eingreifen, nicht aber in einer bestimmten Form (z.B. Schußwaffengebrauch) rechtfertige, so könne er - nach der Meinung von Blei - zwar bei Vorliegen der übrigen Notwehrvoraussetzungen von dem Angegriffenen selbst oder einem privaten Nothelfer abgewehrt werden, nicht aber von einem Polizeibeamten im Dienst. "Denn es ist nicht angängig, ihm zuzugestehen, überall da, wo seine Befugnisse durch die Vorschriften des Polizeirechts begrenzt sind, durch eine bloße Mentalreservation gleichsam die Uniform auszuziehen und dann "als Privatmann" das zu tun, was zu tun ihm als Polizeibeamten versagt ist."⁸⁶⁾ "Die Notwehr zugunsten Dritter muß ... da eine Grenze finden, wo den Staatsorganen durch besondere Gesetze nur beschränktere Ein-

84) JZ 1955, 626

85) a.a.O., S. 626

86) a.a.O., S. 627

wirkungsbefugnisse zustehen, als sie § 53 gewährt:
... die Polizei darf nicht nach § 53 Nothilfe üben,
wo die besonderen Polizeigesetze eine Beschränkung
ihrer Eingriffsbefugnisse ... vorsehen."⁸⁷⁾

b) Gegen diese Meinung von Blei spricht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8.7.1958 ⁸⁸⁾, die sich allerdings auf das Notwehrrecht eines Polizisten zum eigenen Schutz bezieht. Sie stellt klar, daß im Zusammenhang mit den polizeilichen Vorschriften das Notwehrrecht des § 53 StGB unbeschränkt bleiben müsse. Es gehe nicht an, dem Polizeibeamten, obgleich er öffentliche Aufgaben erfülle, schlechter zu stellen als jeden nicht-beamteten Bürger. Außerdem könne Landesrecht nicht Bundesrecht (§§ 53, 54 StGB) brechen ⁸⁹⁾.

c) In dem gleichen Sinne wie der Bundesgerichtshof äußert sich eine Reihe von Vertretern der Wissenschaft und Praxis.

So sagt Baldus: "Treten die berufenen Staatsorgane dem Unrecht entgegen, so gehen deren Befugnisse u.U. zwar kraft hoheitlicher Aufgabe über § 53 hinaus; dessen Anwendung ist aber deshalb nicht ausgeschlossen."⁹⁰⁾ Jede andere Regelung wäre unverständlich. Denn "... es ist kein durchgreifender Grund dafür ersichtlich, den Polizeibeamten von Rechten auszuschließen, die jedem Staatsbürger zustehen; auch das Nothilferecht bleibt uneingeschränkt."⁹¹⁾

87) Mezger-Blei, Strafrecht I, § 40 II 4

88) L.-M., Anm. 5 zu § 53 StGB

89) vgl. Art. 31 GG

90) Leipziger Kommentar, § 53, Rdn. 19

91) a.a.O., § 53, Rdn. 53

Ebensowenig Bedenken bezüglich eines Zusammentreffens von Handeln aus Notwehr und kraft Dienstpflicht hat Maurach in seiner Erläuterung zu § 32 2. StrRG⁹²⁾. Er führt aus: "Eine Pflicht zur Notwehrhilfe kann sich auch aus anderen Gesichtspunkten ergeben, so insbes. ... kraft Amtsstellung, wie z.B. bei einem Polizeibeamten ... In diesen Fällen ist zwar an sich eine Häufung von Rechtfertigungsgründen (Notwehrhilfe und Handeln kraft Dienstpflicht) gegeben, doch bestimmt sich das Maß der durch die Notwehrhilfe erlaubten Verletzung des Angreifers grundsätzlich nach den Grenzen des § 32."

d) In den Kommentaren zum Bayerischen Polizeiaufgabengesetz wird die Frage der Notwehr und des Notstandes vor allem unter dem Gesichtspunkt des Schußwaffengebrauchs erörtert. Gerade hierbei ist der Fall leicht denkbar, daß ein Beamter auf Grund der Polizeigesetze nicht schießen dürfte⁹³⁾, daß aber aus § 32 StGB der Gebrauch der Waffe gerechtfertigt sein könnte.

Weder Samper noch Drews-Wacke sehen beim Zusammentreffen von Polizeirecht und Notwehrrecht besondere Schwierigkeiten⁹⁴⁾. Das Notwehr- und Notstandsrecht, das jedermann habe, könne auch den Polizeibeamten nicht genommen werden. So regle sich die Frage, ob im Rahmen der Notwehr die Schußwaffe gebraucht werden dürfe, ausschließlich nach den Bestimmungen der §§ 53, 54 StGB⁹⁵⁾. Da es sich hierbei um eine Bundesvorschrift handle, könne sie der Landesgesetzgeber nicht einengen. Die Art. 42 Abs. 4 und 44 Abs. 1 S. 1 BayPAG hätten somit nur klarstellenden Charakter⁹⁶⁾.

92) Strafrecht I, § 26 II B 4

93) vgl. Art. 42 BayPAG

94) Samper, PAG, Art. 42, Rdn. 54, Art. 44, Rdn. 4; Drews-Wacke, Polizeirecht, § 22 Anm. 8c

95) jetzt: §§ 32, 35 StGB

96) Samper, PAG, Art. 44, Rdn. 4

Wenn Samper ausführt, daß die Vorschriften des Art. 43 BayPAG (Grundsätze des Waffengebrauchs) im Rahmen des § 53 StGB ebenfalls keine Geltung hätten, daß man aber von einem in Notwehr handelnden und von der Schußwaffe Gebrauch machenden Polizeibeamten erwarten dürfe, daß er dem Gedanken des Art. 43 nach Möglichkeit Rechnung trage⁹⁷⁾, so ist dies nur eine logische Folgerung aus der Tatsache, daß der Polizeibeamte - im Gegensatz zum "Normalbürger" - wegen seiner öffentlichen Aufgabe mit einer Dienstwaffe ausgerüstet ist und daß ihm aus diesem Grunde eine besondere Verantwortung gegenüber seinen Mitmenschen obliegt. Dadurch wird aber nicht das Notwehrrecht beschränkt, der Beamte wird lediglich wegen seiner Ausbildung und Ausrüstung verpflichtet, bei der Auswahl des Abwehrmittels strengere Maßstäbe anzulegen. Der Polizeibeamte hat hier eben die Tatsache zu berücksichtigen, daß er Polizeibeamter ist⁹⁸⁾.

Wie diesen Erörterungen zum Schußwaffengebrauch somit entnommen werden kann, sehen auch diese Autoren keine Bedenken, dem Polizeibeamten das volle Notwehr- und somit Nothilferecht zuzubilligen.

e) Zu den Einwendungen von Blei kann daher gesagt werden: Es ist zwar richtig, daß nicht zwei Gesetze, die Verschiedenes in Bezug auf den gleichen Gegenstand anordnen, mit dem Anspruch auf gleichberechtigte Geltung nebeneinander bestehen können. Doch ist dies hier auch nicht der Fall. Denn während die Polizeigesetze die Befugnisse eines Polizeibeamten regeln, wenn er zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung tätig wird, rechtfertigen Notwehr und rechtfertigender Notstand sein

97) a.a.O., Art. 42, Rdn. 54

98) vgl. Samper, a.a.O., Art. 38-45, Rdn. 11

Handeln, wenn es gilt, einen rechtswidrigen Angriff oder die Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut abzuwehren. Natürlich können diese beiden Fälle zusammenreffen, wenn der Angriff auf ein geschütztes Rechtsgut gleichzeitig die öffentliche Sicherheit und Ordnung beeinträchtigt, wie dies bei jeder Straftat der Fall ist⁹⁹⁾. Dann müssen aber, solange diese beiden Fälle zusammentreffen, dem Polizeibeamten die jeweils am weitesten gehenden Befugnisse zustehen. Es wäre in diesem Fall ja doch etwas verwunderlich, wollte man einem Polizeibeamten das Nothilferecht beschränken, nur weil er dadurch gleichzeitig gem. Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 BayPAG eine mit Strafe bedrohte Handlung unterbindet.

So ist es auch kein Widerspruch, dem Polizeibeamten bestimmte Aufgaben und Mittel zuzuweisen und ihm gleichzeitig die allgemeinen Handlungsbefugnisse aus dem Gesichtspunkt der Notwehr zuzubilligen: Wenn der Polizist das jedem Bürger zustehende Notwehr- oder Nothilferecht ausübt, so hat er sich an die Grenzen zu halten, an die sich auch jeder andere Bürger zu halten hat, also an die Voraussetzungen des § 32 StGB. Wenn der Beamte aber in Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig wird, so handelt er auf einem Gebiete, das dem "Normalbürger" verschlossen ist. In diesem Falle, wo er also erst auf Grund spezieller Ermächtigung tätig werden kann, hat er bei der Wahl seiner Mittel die Beschränkungen zu beachten, die ihm im Rahmen der Ermächtigung auferlegt wurden, also die Bestimmungen der Polizeigesetze.

Da die Möglichkeit, heimliche Tonaufnahmen z.B. vom Anruf eines Erpressers anzufertigen, nicht an die polizeiliche Tätigkeit gebunden ist, sondern dies auch

99) Samper, a.a.O., Art. 2, Rdn. 15

von einem Privatmann ausgeführt werden kann, bestehen insoweit keine Bedenken, daß das Nothilferecht eines Beamten durch die Polizeigesetze eingeschränkt werden könnte. Daher könnte ein Polizeibeamter unbeschadet der polizeirechtlichen Regelungen sowohl von Telefonanrufen wie auch von sonstigen Gesprächen eine heimliche Tonaufnahme anfertigen, wenn dies zur Verteidigung im Rahmen der Nothilfe oder des rechtfertigenden Notstandes erforderlich ist.

4. Einschränkung durch das Gesetz zu Art. 10 GG?

Bei der heimlichen Tonaufnahme von Telefongesprächen ist allerdings zu bedenken, daß der Gesetzgeber durch das Gesetz zu Art. 10 GG bereits eine ausdrückliche Ermächtigung zum Eingriff in das Fernmeldegeheimnis geschaffen hat¹⁰⁰⁾. Wenn sich auch diese Befugnis lediglich auf die Tätigkeit der Strafverfolgungs- und Verfassungsschutzbehörden bezieht, so bleibt doch die Frage zu beantworten, ob nicht dadurch für die Aufnahme von Telefongesprächen allgemein eine abschließende Regelung geschaffen wurde, wodurch alle anderen Eingriffe - auch wenn sie im Rahmen der Notwehr oder des Notstandes erfolgen sollten - untersagt wären.

a) Die wohl am meisten vertretene Meinung¹⁰¹⁾ geht dahin, daß für behördliche Tonaufnahmen von Telefongesprächen wie sonstigen Unterhaltungen sämtliche Rechtfertigungsgründe des Strafrechts herangezogen

100) vgl. Welp, DÖV 1970, 267 f

101) Dahn, Handbuch, Rdn. 486; Kohlhaas, NJW 1972, 240; Lackner, StGB, § 201 Anm. 5a; Maurach, Strafrecht II, § 22 II C 1; Petters-Preisendanz, StGB, § 298 Anm. 6d; Welzel, Strafrecht, § 45 III

werden können. Die Regelung der §§ 100a, 100b StPO stellt demnach nur eine zusätzliche Befugnis für die Strafverfolgungsbehörden zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs dar. Sonstige Ermächtigungen für behördliche Aufnahmen bleiben unberührt.

b) Nach Dreher¹⁰²⁾ wurde durch das Gesetz zu Art. 10 GG die Befugnis zu heimlichen Tonaufnahmen des Fernmeldeverkehrs abschließend geregelt. Darüber hinaus könnten nur in ganz außergewöhnlichen Fällen Notwehr und rechtfertigender Notstand als Rechtfertigungsgrund für behördliche Aufnahmen in Betracht kommen. Außerhalb des durch das Gesetz zu Art. 10 GG geregelten Bereichs (z.B. bei unmittelbarem Abhören von Gesprächen) hätten aber die allgemeinen Rechtfertigungsregeln, also Notwehr, rechtfertigender Notstand sowie überwiegendes Interesse bei Güter- und Pflichtenabwägung, Gültigkeit¹⁰³⁾.

c) Auch nach der Meinung von Schröder¹⁰⁴⁾ ist die Regelung des Gesetzes zu Art. 10 GG abschließend. Darüber hinaus dürften die Strafverfolgungsbehörden weder den Fernmeldeverkehr noch unmittelbar die Äußerungen verdächtiger Personen aufnehmen oder abhören. Dies ergebe sich aus § 136a StPO, der auch gelte, wenn der Sprecher nicht über die Aufnahme getäuscht, sondern diese ihm nur verheimlicht worden sei. Allein der Zweck, ein bevorstehendes schweres Verbrechen zu verhindern, könne aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes¹⁰⁵⁾ rechtfertigend wirken.

102) StGB, § 201 Anm. 7 B b

103) a.a.O., § 201 Anm. 4

104) vgl. Schöнке-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 40a

105) seit 1.1.1975 ist der "rechtfertigende Notstand" in § 34 StGB geregelt

d) Evers¹⁰⁶⁾ schließlich geht davon aus, daß durch das Gesetz zu Art. 10 GG für den "Umkreis dieser Überwachung"¹⁰⁷⁾ eine ausdrückliche und abschließende Regelung getroffen wurde. Darüber hinaus seien Notwehr und Nothilfe als Rechtfertigungsgründe anzuerkennen¹⁰⁸⁾. Auf übergesetzliche Rechtfertigungsgründe könnten sich dagegen die Behörden nicht berufen¹⁰⁹⁾, soweit öffentliche Interessen auf dem Spiel stünden. Diese Rechtfertigungsgründe seien zum Schutze individueller Rechtsgüter, nicht aber zur Wahrung staatlicher Interessen entwickelt worden¹¹⁰⁾. Wenn Dreher auch staatlichen Organen übergesetzliche Rechtfertigungsgründe zubilligen wolle, so bleibe er dafür die Begründung schuldig¹¹¹⁾.

e) Bei näherer Betrachtung der angeführten Meinungen kann festgestellt werden, daß sie im Ergebnis alle dahin gehen, daß durch die Regelung der §§ 100a, 100b StPO (bzw. des Gesetzes zu Art. 10 GG) keinesfalls das Notwehr- oder Nothilferecht beschränkt wurde.

Bei den unter a) angeführten Autoren ist dies eindeutig, ebenso bei Evers (d). Wenn Dreher (b) meint, daß nur in ganz außergewöhnlichen Fällen ein Notwehrrecht bestehe, so ist dazu zu sagen, daß die Notwehrsituation immer ein ganz außergewöhnlicher Fall ist, da hier jemand die Rechte eines Angreifers verletzen darf, um sich selbst oder einen anderen zu schützen. Inwieweit sich dann noch eine besondere Abstufung ergeben sollte, ist nicht ersichtlich. Wenn im Rahmen der Notwehr sogar

106) ZRP 1970, 147 f

107) a.a.O., S. 148

108) a.a.O., S. 149

109) a.a.O., S. 150

110) a.a.O., S. 149/150

111) a.a.O., S. 150, Fußnote Nr. 21

die Verletzung oder Tötung eines Angreifers erlaubt ist, falls dies zum Schutze erforderlich ist, dann muß auch der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis unter diesen Umständen gerechtfertigt sein.

Wenn Schröder (c) das Notwehrrecht nicht ausdrücklich erwähnt, so ist das daraus zu erklären, daß sich die Kommentierung in erster Linie mit dem Gebiet der Strafverfolgung befaßt. Zwar weist er auch auf die "Verhinderung eines Verbrechens" hin,¹¹²⁾ doch kann dem nicht entnommen werden, daß in diesem Bereich das Notwehrrecht nicht gelten solle. Wenn es sich um die Abwehr eines Angreifers handelt, dann ist, falls dies erforderlich ist, auch eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses oder der Privatsphäre möglich, unabhängig davon, ob es sich bei dem Abwehrenden um einen Privatmann handelt, oder ob die Verteidigung durch einen Beamten der Strafverfolgungsbehörden erfolgt.

f) Evers (d) versagt zwar den Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes allen staatlichen Organen, weil die Abwägung zwischen staatlichen und privaten Interessen allein Sache des Gesetzgebers sei¹¹²⁾; doch ist diese Meinung nunmehr dadurch überholt, daß der vormals "übergesetzliche Notstand" am 1.1.1975 als "rechtfertigender Notstand" in das Strafgesetzbuch aufgenommen wurde (§ 34 StGB).

Im übrigen wäre auch der Meinung von Evers entgegenzuhalten, daß das präventive Vorgehen von Polizeibeamten auch dem Schutze des privaten Bürgers dienen kann und daß auch Rechtsgüter des Staates unter dem Gesichtspunkt der Nothilfe und des Notstandes geschützt werden kön-

112) ZRP 1970, 149/150

nen¹¹³⁾, wobei allerdings dann davon auszugehen ist, daß solche Hilfe zu Gunsten des Staates grundsätzlich nur von Staatsorganen ausgeübt werden darf¹¹⁴⁾.

V. Verwertbarkeit amtlicher Tonaufnahmen, deren Anfertigung in unzulässiger Weise erfolgte?

Steht nunmehr fest, daß im Rahmen der Strafverfolgung nur solche amtlichen Tonaufnahmen zulässig sind, die auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung der §§ 100a, 100b StPO angefertigt wurden bzw. die wegen des starken Überwiegens des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses ausnahmsweise gerechtfertigt sind, so stellt sich die Frage, ob nicht doch auch andere Aufnahmen, obwohl sie in unzulässiger Weise erfolgten, im Strafprozeß verwertet werden können.

1. Grundrechtliches Beweisverbot aus Art. 1, 2 GG

Im Strafprozeß ist zu berücksichtigen, daß unabhängig von den Vorschriften der Strafprozeßordnung auch unmittelbar aus dem Grundgesetz strafprozessuale Beweis-erhebungs- und Beweisverwertungsverbote abzuleiten sind, denn der grundrechtliche Schutz des Bürgers muß auch im Strafverfahren Gültigkeit haben¹¹⁵⁾.

113) vgl. Baumann, Lehrbuch, § 21 II 8 b; Schönke-Schröder, StGB, § 53, Rdn. 8, § 54, Rdn. 12

114) Baumann, Lehrbuch, § 21 II 8 b

115) vgl. Feldmann, NJW 1959, 855; Henkel, Strafver-fahrensrecht, S. 227; Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, Einl. 1 J f; Kohlhaas, Jur.-Jahrb., Bd. 4, S. 66; Nüse, JR 1966, 285 f; Sax in: Müller-Sax, StPO, Vorb. § 48 Anm. 2 b I 7; Schäfer in: Löwe-Rosenberg, StPO, Kap. 12 IV

Dies gilt insbesondere für Beweismittel, die - wie die heimliche Tonaufnahme - die durch Art. 1, 2 GG geschützte Privat- und Intimsphäre des Menschen betreffen. Denn zur Freiheit und Selbstbestimmung, die für die Entfaltung der Persönlichkeit unerlässlich ist, "gehört auch die Befugnis des Menschen, selbst darüber zu bestimmen, ob seine Worte einzig seinem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen, und erst recht, ob seine Stimme mittels eines Tonträgers festgehalten werden darf"¹¹⁶⁾.

Es gilt somit zu klären, ob aus der Garantie der Art. 1, 2 GG ein grundrechtliches Beweisverwertungsverbot für unzulässig angefertigte amtliche Tonaufnahmen im Strafprozeß folgt, ob also die Unzulässigkeit der Gewinnung des Beweismittels dessen Unverwertbarkeit nach sich zieht.

2. Erweiterte Aussage des § 136a Abs. 3 StPO?

Das Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 27.6.1951¹¹⁷⁾ stellt in diesem Zusammenhang ebenfalls Überlegungen zum Umfang des Beweisverbotes des § 136a Abs. 3 StPO an. Es führte aus: "Es erscheint nicht abwegig, die gerade erwähnte Verfahrensvorschrift als den gesetzlichen Niederschlag eines über den Wortlaut hinausgehenden Willens des Gesetzgebers zu deuten, daß auf unsittliche Weise erbrachte Beweise nicht im Strafverfahren gegen den Beschuldigten verwertet werden dürfen."¹¹⁸⁾

116) BGHSt 10, 202 (205); BGHZ 27, 284 (286);
vgl. auch BVerfGE 34, 238 (246)

117) BayObLGE 1949-1951, 458 f

118) a.a.O., S. 460

Sollte daher eine heimliche Tonaufnahme als Beweis anzusehen sein, der "auf unsittliche Weise erbracht" wurde, so wäre sie nach diesen Überlegungen im Strafprozeß nicht verwertbar.

3. Art. 1, 2 GG als "echtes" Beweisverbot

Ob der in Art. 1, 2 GG garantierte Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein grundrechtliches Beweisverwertungsverbot erfordert, bzw. ob eine heimliche behördliche Tonaufnahme "in unsittlicher Weise" erfolgte, ist gleichlautend mit der Frage, ob Art. 1, 2 GG ein "echtes" Beweisverbot enthalten.

Denn bei den Beweisverboten im Strafprozeß ist zu unterscheiden zwischen "einfachen Beweisverboten"¹¹⁹⁾, die lediglich eine bloße Form- oder Ordnungsvorschrift enthalten¹²⁰⁾, und "qualifizierten" bzw. "echten Beweisverboten"¹²¹⁾, welche höherwertige Interessen der Betroffenen schützen¹²²⁾. Hierbei ist Unterscheidungsmerkmal, daß bei einfachen Beweisverboten die Strafverfolgungsorgane das vorschriftswidrig erlangte Beweismittel oder Beweisergebnis, wenn man von technischen und anderen äußeren Schwierigkeiten absieht, auch auf legalem Wege hätten gewinnen können¹²³⁾.

119) vgl. Peters, Strafprozeß, § 37 X; Sax, JZ 1965, 6

120) vgl. Kleinknecht, StPO, Einl. 1 J e

121) Kleinknecht, a.a.O.; Sax, JZ 1965, 6

122) vgl. Kleinknecht, a.a.O.

123) vgl. Kleinknecht, NJW 1966, 1538;
ders., StPO, Einl. 1 J e

Bedenkt man nun, daß die durch eine heimliche Tonaufnahme betroffene Privat- und Intimsphäre durch das Grundgesetz verfassungsrechtlich geschützt ist und daß ein Verstoß dagegen gem. § 201 StGB sogar mit Strafe bedroht ist, so dürfte eindeutig sein, daß es sich bei dem aus Art. 1, 2 GG abgeleiteten Verbot nicht lediglich um eine bloße Form- oder Ordnungsvorschrift handelt, sondern daß hier ein "echtes" Beweisverbot vorliegt.

Ist aber die Gewinnung des Beweismittels in Form einer heimlichen behördlichen Tonaufnahme wegen eines echten Beweisverbotes unzulässig, so hat das Beweis-erhebungsverbot notwendigerweise ein Verwertungsverbot zur Folge¹²⁴⁾.

4. Verwertungsverbot "aus beweisrechtlichen Gründen"

Wenn Eb. Schmidt¹²⁵⁾ der wiederholten Feststellung des Reichsgerichts, das Verbot einer Beschlagnahme enthalte "das Verbot einer Benutzung als Beweismittel"¹²⁶⁾, entgegenhält, daß dies nur gelten könne, wenn das Gesetz selbst "aus beweisrechtlichen Gründen" den Gegenstand als Beweismittel ablehne, so stellt dies in der hier zu behandelnden Frage keine Einschränkung dar. Denn da die Strafprozeßordnung u.a. das Ziel hat, die Rechte der Bürger im Strafverfahren zu sichern, sie also, wie Sax es ausgedrückt hat, "konkretisiertes

124) vgl. Grünwald, JZ 1966, 495, 497; Henkel, Strafverfahrensrecht, § 57 V, § 65 II 4; Nüse, JR 1966, 286; Peters, Strafprozeß, § 37 X; Sax, JZ 1965, 6; ders. in: Müller-Sax, StPO, Vorb. § 48 Anm. 2b I 7b; Spendel, NJW 1966, 1106

125) StPO, Teil II, § 94, Erl. 14

126) RGSt 47, 195 (196); 20, 91 (92)

Verfassungsrecht" beinhaltet¹²⁷⁾, zählen zu den "beweisrechtlichen Einschränkungen der Prozeßordnungen selbst" nicht nur die Verbote, die in der Strafprozeßordnung ausdrücklich verankert sind, sondern auch solche, welche sich zum Schutze des Freiheitsraums der Bürger unmittelbar dem Grundgesetz entnehmen lassen.

5. Unverwertbarkeit infolge Unzulässigkeit der Beweismittelgewinnung

Für die Verwertbarkeit amtlicher Tonaufnahmen kann daher nur entscheidend sein, ob das Beweismittel von den Beamten in zulässiger Weise gewonnen wurde. War nämlich die Herstellung des Beweismittels wegen einer Verletzung der Privat- oder Intimsphäre des Betroffenen unzulässig, so folgt daraus auch die Unverwertbarkeit im Strafprozeß. Eine besondere Überprüfung der Verwertbarkeit, wie sie der Bundesgerichtshof in seinem nicht unumstrittenen "Tagebuchurteil"¹²⁸⁾ vorgenommen hat, ist bei behördlichen Tonaufnahmen nicht angebracht, weil hier Herstellung und Gewinnung des Beweismittels zusammenfallen.

VI. Zusammengefaßtes Ergebnis des ersten Teils

Private Gespräche stehen unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG, so daß heimliche behördliche Tonaufnahmen grundsätzlich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeits-

127) Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte, III/2, S. 967; vgl. auch BVerfGE 7, 89 (90); 25, 269 (270); Niese, ZStW 63, 218

128) BGHSt 19, 325, vgl. hierzu Dünnebier, MDR 1964, 965; Händel, NJW 1964, 1139

rechts des Sprechers darstellen. Das Fernmeldegeheimnis wird zusätzlich durch Art. 10 GG garantiert. Die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes durch heimliche Tonaufnahmen ist durch § 201 StGB ausdrücklich mit Strafe bedroht.

Behördliche Tonaufnahmen zum Zwecke der Strafverfolgung sind gestattet, wenn sich die Befugnis hierzu aus der gesetzlichen Vorschrift der §§ 100a, 100b StPO herleiten läßt oder ein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dieser wiederum findet seine Grundlage darin, daß das Grundgesetz den Erfordernissen einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung zumißt.

Wenn sich ein Gespräch nicht in der Intimsphäre, sondern lediglich im sonstigen privaten Bereich abspielt, muß ein Betroffener als "gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger" dort eine heimliche behördliche Tonaufnahme hinnehmen, wenn diese "im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots" angefertigt wird. Unberührt bleibt außerdem das Recht von Beamten der Strafverfolgungsbehörden, heimliche Tonaufnahmen im Rahmen der Nothilfe oder des rechtfertigenden Notstandes anzufertigen.

Alle anderen Tonaufnahmen privater Gespräche durch Beamte der Strafverfolgungsbehörden sind unbefugt und fallen unter das grundrechtliche Beweisverbot der Art. 1, 2 GG. Da es sich bei den behördlichen Aufnahmen um staatliche Eingriffe in private Rechte der Bürger handelt, folgt aus der Unzulässigkeit der Gewinnung des Beweismittels dann auch dessen Unverwertbarkeit. Ein in unzulässiger Weise aufgenommenes Tonband kann deshalb im Strafprozeß nicht verwertet werden.

Zweiter Teil:

Heimliche Tonaufnahmen von Gesprächen mit Beamten der Strafverfolgungsorgane, insbesondere von Vernehmungen

Von den soeben behandelten Tonaufnahmen fremder Gespräche sind die Tonaufnahmen von Gesprächen mit Beamten der Strafverfolgungsorgane zu unterscheiden. Denn im ersteren Falle ist der Beamte nicht selbst Teilnehmer an dem aufgezeichneten Gespräch, die heimliche Tonaufnahme stellt vielmehr ein Eindringen in eine fremde Unterhaltung dar. Bei der Aufzeichnung einer Vernehmung oder ähnlicher Unterhaltungen dagegen nimmt der Beamte unmittelbar am Gespräch teil, er bekommt mit Wissen seiner Gesprächspartner Kenntnis vom Inhalt der Unterredung.

Nun ist zwar seit der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Literatur¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ klar, daß grundsätzlich die heimliche Aufzeichnung privater Gespräche durch einen Beteiligten nicht zulässig ist; denn jeder Mensch soll "selbst und allein" darüber bestimmen, "wer sein Wort hören darf und ob es aufbewahrt werden oder mit dem Gedächtnis der Hörer verlöschen soll"³⁾.

Möglicherweise ergeben sich aber bei Gesprächen mit Beamten der Strafverfolgungsorgane Gesichtspunkte, die zu einer anderen Beurteilung der Zulässigkeit von deren heimlicher Aufnahme führen.

1) vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 97 f

2) BGHZ 13, 334 (338); 15, 249 (257 f); 20, 345 (351); 24, 72 (76 f) und viele andere mehr

3) BGHSt 14, 358 (359/360)

I. Strafbarkeit gem. § 201 StGB?

1. § 201 StGB als strafrechtlicher Schutz des "nichtöffentlich gesprochenen Wortes"

Gem. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, "wer unbefugt das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt". "Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Amtsträger oder als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter die Vertraulichkeit des Wortes verletzt (Absätze 1, 2)." (§ 201 Abs. 3 StGB)

Die Anwendung dieser am 30.12.1967 in Kraft getretenen und zum 1.1.1975 in § 201 StGB zusammengefaßten Regelung führt möglicherweise auch zu einer völlig neuen Beurteilung von heimlichen Tonaufnahmen bei Vernehmungen oder ähnlichen Gesprächen. Sollte nämlich ein Beamter, der eine solche Aufnahme anfertigt, sich gem. § 201 StGB strafbar machen, so wäre die Gewinnung dieses Beweismittels gesetzlich verboten und eine Verwertung der so erlangten Tonaufnahmen als Beweis im Strafverfahren unzulässig⁴⁾.

Zunächst ist daher zu klären, ob die Aussage eines Beschuldigten oder Zeugen in einer Vernehmung durch Beamte der Strafverfolgungsorgane ein "nichtöffentlich gesprochenes Wort" ist. Da unter der Bezeichnung "Wort" "die gesprochene Äußerung eines Gedankens"

4) Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, Einl. 1 J f

zu verstehen ist⁵⁾, worunter natürlich auch eine Aussage fällt, stellt sich die Frage, ob die Aussage bei einer Vernehmung "nichtöffentlich" ist.

2. Beruht der Begriff "nichtöffentlich" auf einer einheitlichen Terminologie im Strafgesetzbuch?

Bei der Bestimmung des Sinngehalts des Wortes "nichtöffentlich" ist zunächst einmal festzustellen, daß dieser Begriff mehrfach im Strafgesetzbuch verwendet wird⁶⁾. Legt man im Strafgesetzbuch eine einheitliche Terminologie zugrunde, so ist ein Wort "nichtöffentlich", "wenn es objektiv und nach dem Willen des Sprechers weder für einen nach Zahl und Individualität unbestimmten Kreis noch für einen durch persönliche Beziehungen innerlich unverbundenen größeren bestimmten Kreis von Personen wahrnehmbar ist"⁷⁾, wenn also der Kreis der Zuhörer oder Gesprächspartner eine bestimmte Begrenzung erfährt.

Geht man demnach davon aus, daß der Begriff "öffentlich" bzw. "nichtöffentlich" im Strafgesetzbuch einheitlich verwendet wird, so sind die Aussagen bei einer Vernehmung "nichtöffentlich", da der Vernommene ja nicht zu einem größeren unbestimmten Kreis von Zuhörern spricht, sondern seine Aussage nur gegenüber einem oder wenigen anwesenden Vernehmungsbeamten macht.

5) Lackner, StGB, § 201 Anm. 2; ebenso: Dreher, StGB, § 201 Anm. 2; Maurach, Strafrecht II, § 22 II C 1

6) z.B. §§ 111, 131, 183, 186, 200 StGB

7) Lackner, StGB, § 201 Anm. 2; Dreher, StGB, § 201 Anm. 2; Maurach, Strafrecht II, § 22 II C 1

Es ist aber sehr zweifelhaft, ob der Sinn und Zweck des § 201 StGB eine solche Auslegung des Begriffs "nichtöffentlich" zulassen. Entscheidend dürfte vielmehr sein, welches Rechtsgut nach den Vorstellungen des Gesetzgebers durch diese Regelung geschützt werden soll.

3. Schutzobjekt des § 201 StGB nach den Vorstellungen des Gesetzgebers

Will man über die Vorstellungen des Gesetzgebers zum Schutzobjekt des § 201 StGB Aufschluß bekommen, so sind die "Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission" von 1959 zum Entwurf eines Strafgesetzbuches sowie die Begründung der Bundestagsvorlage des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962) heranzuziehen. Denn in der langen Diskussion über den Schutz der Vertraulichkeit des Wortes wurden bei der Erarbeitung dieser beiden Entwürfe die Gedanken herausgestellt, die auch in der nun geltenden Regelung ihren Ausdruck gefunden haben. Wird doch sowohl in § 403 des Umdruckes J 87⁸⁾ wie auch in § 183 E 1962 "das nicht-öffentlich gesprochene Wort eines anderen" vor der Aufnahme auf einen Tonträger geschützt. Wenn auch das Merkmal "ohne dessen Einwilligung" im nun geltenden § 201 StGB durch den Begriff "unbefugt" ersetzt wurde, so blieb doch die Formulierung des übrigen Tatbestandes unverändert, so daß die bei den Entwürfen angestellten Überlegungen auch bezüglich des nun geltenden Rechts ihre Gültigkeit haben.

8) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 9 Bd., bes. Teil, S. 515

a) Aus den Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission ist zu entnehmen, daß das geschützte Rechtsgut bereits dort als der "persönliche Lebens- und Geheimbereich" umschrieben wurde⁹⁾.

Schwarz grenzt diesen Bereich durch Vergleich mit dem Zivilrecht so ein: Es sei hier von zwei Obergruppen auszugehen, der Individualsphäre und der Privatsphäre. Während es sich bei der ersten um den "Schutz der Persönlichkeit des einzelnen in der Welt", namentlich um sein Namensrecht und seine Ehre, handle, betreffe die Privatsphäre den "Schutz der Persönlichkeit des einzelnen vor der Welt"¹⁰⁾.

Nur die Privatsphäre werde in dem Abschnitt "Verletzung fremder Geheimnisse" geschützt, sie entspreche dem "persönlichen Lebens- und Geheimbereich". Die Privatsphäre nun sei wiederum in die Vertraulichkeitssphäre und die Geheimnisphäre zu scheiden. Während letztere den Schutz des Briefgeheimnisses und sonstiger Privatgeheimnisse erfordere, betreffe die Vertraulichkeitssphäre das Erscheinungsbild, das Lebensbild, das Charakterbild sowie das vertrauliche Wort des einzelnen. Und gerade dem Schutz des vertraulichen Wortes diene der Sonallaufnahmeverbotstatbestand, also der jetzige § 201 StGB¹¹⁾.

"Diese Vorschrift soll doch den persönlichen Lebensbereich, die Vertraulichkeitssphäre schützen. Ihr Schutz reicht so weit, wie nach unserer Rechtsanschauung eine vertrauliche Behandlung des nichtöffent-

9) a.a.O., S. 152

10) a.a.O., S. 152; vgl. auch Festschr. f. Küchenhoff, S. 687

11) a.a.O., S. 152

lich gesprochenen Wortes vom Sprecher überhaupt erwartet werden darf. Das ist m.E. insbesondere bei verantwortlichen Vernehmungen vor staatlichen Organen grundsätzlich nicht der Fall, sofern nicht etwa ausnahmsweise Vertraulichkeit zugesichert wurde ... Im Strafprozeß tritt der Schutz der Vertraulichkeitssphäre zurück."¹²⁾

Die gleiche Ansicht vertritt auch Dreher¹³⁾:

"Geschützt werden soll die Vertraulichkeitssphäre, also der Bereich, innerhalb dessen der Mensch darauf vertrauen kann, daß nicht jede seiner Äußerungen mit all ihren Unzulänglichkeiten fixiert und ihm später einmal entgegengehalten wird. Wo der Mensch aber nicht hierauf vertrauen kann, bedarf es auch keines strafrechtlichen Schutzes..."

Dreher wollte damit zwar darauf hinweisen, daß die Tonaufnahmen von Geschäftsverhandlungen nicht in den Schutzbereich des § 403 des Entwurfs (= § 201 StGB) fallen sollten, doch muß dies in verstärktem Maße auch für die Aufzeichnung von Vernehmungen gelten; denn das Vertrauen in die Vergänglichkeit des Wortes besteht hier in noch geringerem Maße als bei Geschäftsverhandlungen. Während es nämlich bei diesen im wesentlichen nur auf deren Ergebnis, also auf den Wortlaut des Vertrags, ankommt, weiß der Vernommene genau, daß ihm hier später nicht nur ein eventuelles Geständnis, sondern jede Äußerung, ja selbst jede gefühlsmäßige Reaktion vorgehalten werden kann.

Eine abweichende Meinung zur Frage des in § 403 (jetzt § 201 StGB) zu schützenden Rechtsguts vertrat Gallas:

12) a.a.O., S. 157

13) a.a.O., S. 190

"Bezüglich der Frage des Rechtsguts möchte ich die Ansicht vertreten, daß es hier nicht um den Schutz eines Geheimnisses, sondern den der Unbefangenheit, der Spontaneität der Äußerung geht."¹⁴⁾

Im Hinblick auf diese abweichende Meinung machte Dreher den Vorschlag, das Wort "nichtöffentlich" durch "vertraulich" zu ersetzen¹⁵⁾.

Dem widersprach Baldus: "Nach meiner Ansicht geht es bei § 403 des Entwurfs nicht nur um den Schutz der Vertraulichkeitssphäre. Daher ist auch das Merkmal "vertraulich" nicht geeignet."¹⁶⁾

Entsprechend den Überwiegenden Vorschlägen der Mitglieder der Kommission wurde dann in den Tatbestand des § 403 (jetzt § 201 StGB) die Formulierung "nicht-öffentlich" aufgenommen, wobei man sich aber darin einig war, daß durch dieses Wort das durch die Vorschrift zu schützende Rechtsgut nicht genau bezeichnet werden konnte.

Wie sich diese Wortwahl bei der Abfassung des Tatbestandes zur Überschrift des § 403 ("Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes") verhält, zeigt der Bericht von Schwalm über die Sitzungen der Unterkommision¹⁷⁾. Demnach wurde die Überschrift beibehalten, obwohl sie nur als pars pro toto zu verstehen ist.

14) a.a.O., S. 191

15) a.a.O., S. 192

16) a.a.O., S. 192

17) a.a.O., S. 398

"Der Tatbestand selbst verlangt nicht ein vertraulich gesprochenes Wort; denn nach Auffassung der Vollkommission wäre der Begriff 'vertraulich' zu eng. Da aber die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes den Hauptfall für die Anwendbarkeit der Bestimmung darstellt, bestehen gegen die Überschrift keine Bedenken."¹⁸⁾

Die Frage nach dem zu schützenden Rechtsgut kann somit nicht aus der Überschrift der Vorschrift entnommen werden; entscheidend ist die Formulierung des Tatbestandes. Hierzu führt Schwalbe aus: "Zum Tatbestand der Absätze 1 und 2 in der Fassung des Umdrucks J 87 hatte die Unterkommission den Auftrag, zu prüfen, ob sich eine Formulierung finden lasse, die weiter ist als die Wendung 'das vertraulich gesprochene Wort' und enger als der Begriff des 'nichtöffentlich gesprochenen Wortes'. Die Unterkommission kam für die Schallaufnahme und für das Abhörgerät zu verschiedenen Ergebnissen. Für die Schallaufnahme sah sie keine Möglichkeit einer Einschränkung. Sie hatte zunächst erwogen, die Vorschrift auf 'das von einem anderen in seinem persönlichen Lebensbereich gesprochene Wort' abzustellen. Dies erschien jedoch zu eng. Denn es würden dann vertrauliche geschäftliche oder dienstliche Aussprachen vielleicht nicht erfaßt, weil sie nicht unter den Begriff des persönlichen Lebensbereichs zu bringen sind. Auch solche Gespräche müssen gegen mißbräuchliche Schallaufnahmen geschützt werden. Die Unterkommission hat es hinsichtlich der Schallaufnahme schließlich sachlich bei dem Vorschlag der Sachbearbeiter bewenden lassen..."¹⁹⁾

18) a.a.O., S. 398

19) a.a.O., S. 398

Gallas führt zwar hierzu aus: "Ich gehe davon aus, daß mit der Vorschrift des § 403 lediglich die Unbefangenheit des Sprechenden geschützt werden soll: Der Sprechende soll nicht durch die Befürchtung in seiner Unbefangenheit beeinträchtigt werden, daß ein anderer seine Worte ohne Einwilligung mit einem Schallaufnahmegerät aufnimmt..."²⁰⁾

Doch was Gallas damit meinte, drückte er klarer in seinem Aufsatz "Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)"²¹⁾ aus:

"Wer befürchten muß, auf das in einem Privatgespräch Gesagte durch ein Aufnahmegerät in der Tasche seines Partners gegen seinen Willen festgenagelt zu werden, verliert die Unbefangenheit des Wortes und wird damit eines der Wesenselemente des Humanen beraubt, der Möglichkeit zur vertrauensvollen Kommunikation mit dem Mitmenschen ..." ²²⁾

Die Unbefangenheit des Wortes kann durch heimliche Tonaufnahmen nur verloren gehen, wenn der Sprecher nicht damit rechnen muß, auf jedes Wort festgelegt zu werden. Daher ist Gallas zu folgen, wenn er das private Gespräch vor heimlichen Tonaufnahmen schützen will. Dagegen wird die unbefangene Unterhaltung der Bürger nicht bedroht, wenn Aufzeichnungen z.B. von Vernehmungen angefertigt werden, wo der Sprecher sowieso damit rechnen muß, daß das Gesagte festgehalten und evtl. gegen ihn verwendet werden kann.

20) a.a.O., S. 400

21) ZStW 1963, 16 f

22) a.a.O., S. 19

Wenn somit Gallas die Unbefangenheit des Sprechenden schützen will, so besagt dies nicht, daß in § 403 (heute § 201 StGB) hierzu auch die heimliche Tonaufnahme von amtlichen Vernehmungen mit Strafe bedroht werden muß. Es genügt der Schutz von Privatgesprächen vor heimlicher Fixierung.

Die Diskussion in den Sitzungen der Großen Strafrechtskommission über das in § 403 des Entwurfes zu schützende Rechtsgut kann deshalb so zusammengefaßt werden: Die Vorschrift schützt den persönlichen Lebens- und Geheimbereich, also den Bereich, wo der Sprecher allgemein mit einer vertraulichen Behandlung seiner Äußerung rechnen kann; hinzu kommen geschäftliche und dienstliche Gespräche, wenn sie durch das besondere Merkmal der Vertraulichkeit hervorgehoben werden. Keinesfalls aber werden heimliche Tonaufnahmen betroffen, wenn sie bei amtlichen Vernehmungen angefertigt werden.

b) Eine weitere Aussage zum Schutzobjekt des § 201 StGB läßt sich der Begründung des Entwurfs eines Stragesetzbuchs E 1962 entnehmen.

Dort ist § 183, der die "Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes" mit Strafe bedroht, im Siebenten Titel "Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs" systemgerecht eingeordnet. Auch hier wird in den Vorbemerkungen zu diesem Titel klargestellt, daß für die zu schützende Privatsphäre zwei Bereiche zu unterscheiden sind: "Einerseits der persönliche Lebensbereich im Sinne der Familien- und sonstigen Privatverhältnisse einschließlich der beruflichen Betätigung, soweit diese sich nicht unter den Augen der Allgemeinheit abspielt, andererseits der persönliche Geheimbereich, der die

Geheimnisse der Privatperson einschließlich ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfaßt."²³⁾

Der "persönliche Lebensbereich" in der Begründung des E 1962 dürfte somit der "Vertraulichkeitssphäre", wie sie Schwalbe in den Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 1959²⁴⁾ bezeichnet hat, gleichzusetzen sein. Ob dieser Bereich im E 1962 denselben Schutz erfahren sollte, muß die weitere Begründung des Entwurfs ergeben.

In den Vorbemerkungen zum Siebenten Titel heißt es dann²⁵⁾: "Schutzzweck des vorliegenden Titels ist mit- hin die Abschirmung des einzelnen gegen ein Eindringen in seine Privatsphäre, in der er sich grundsätzlich ungestört von der Außenwelt als Persönlichkeit entwickeln und entfalten können soll."

Der Grund für diesen Schutz liege in der Pflicht des Staates, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 GG) sowie im Recht des einzelnen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG). Hinzu komme Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte vom 4.11.1950²⁶⁾, wonach das Privatleben des einzelnen zu achten ist.

"In diesen Regelungen kommt eine Überzeugung zum Ausdruck, die für das Wesen jeder freiheitlichen Demokratie eigentümlich ist. Sie geht dahin, daß der einzelne sich überhaupt nur dann zu einer Persönlichkeit ent-

23) E 1962, S. 326

24) Niederschriften, S. 152, 154

25) a.a.O., S. 326

26) BGBl. 1952 II, S. 685

wickeln kann, wenn ihm hierfür ein freier Raum vor der Gemeinschaft und dem Staat²⁷⁾ sowie vor den anderen einzelnen gewährleistet wird. Dieser freie Raum ist der persönliche Lebens- und Geheimbereich, in dem die Persönlichkeit wurzelt und mit dessen Beseitigung man auch ihre Würde zerstört."²⁸⁾

Weiterhin heißt es in der Begründung zur speziellen Regelung des § 183 im Entwurf E 1962: "... Ferner werden nur 'Worte' geschützt. Ihr Gebrauch soll in der Privatsphäre nicht durch die Sorge, auf den Wortlaut festgelegt zu werden, beeinträchtigt werden. Die Vorschrift dient also der freien Entfaltung durch Gewährleistung der Unbefangenheit der mündlichen Äußerung ...".²⁹⁾

Zur Eingrenzung des § 183 E 1962 und somit des § 201 StGB läßt daher feststellen: Zweck des ganzen Siebenten Titels ist, den einzelnen gegen ein Eindringen in seine Privatsphäre abzusichern. In diesem Bereich will sich nämlich der Sprecher zwar seinem Gesprächspartner mitteilen, er will aber nicht, daß Außenstehende daran Anteil haben. Wenn nun aber jemand von Beamten der Staatsanwaltschaft oder der Polizei vernommen wird, so weiß er, daß der Kreis der Kenntnis nehmenden Personen nicht nur auf den direkten Gesprächspartner beschränkt ist, sondern daß der Inhalt des Verhörs in den Akten festgehalten und den zuständigen Beamten somit zugänglich gemacht wird. Es dürfte selbst dem harmlosesten Beschuldigten oder Zeugen klar sein, daß der vernehmende Beamte nicht seine persönliche Neugierde befriedigen will, sondern Beweise für ein Strafverfahren sammeln

27) Hervorhebung durch den Verfasser

28) E 1962, S. 326

29) a.a.O., S. 331, Hervorhebungen durch den Verfasser

soll. Wenn der Vernommene aber dann eine Aussage macht, so verbietet der Schutz der Privatsphäre zwar eine Veröffentlichung des Gesagten, keinesfalls aber stellt eine Aufzeichnung für die Personen, zu deren Kenntnisaufnahme das Verhör bestimmt ist, ein Eindringen in die Privatsphäre des Vernommenen dar³⁰⁾.

Nach der Begründung zum Siebenten Titel soll dem einzelnen "ein freier Raum vor der Gemeinschaft und dem Staate" zur Entwicklung seiner Persönlichkeit gewährleistet werden³¹⁾. Die "Unbefangenheit der mündlichen Äußerung" soll nicht gefährdet werden durch die Sorge, bei Gesprächen in der Privatsphäre "auf den Wortlaut festgelegt" zu werden³²⁾.

Nun bringen es aber amtliche Verhöre wesensmäßig mit sich, daß der Vernommene "auf den Wortlaut festgelegt" wird; sie erfolgen ja gerade zu dem Zweck, Beweise zu erhalten. Weiß aber der Aussagende, daß er vernommen wird, so ist ihm auch bekannt, daß seine Äußerungen festgehalten werden. Er kann sich deshalb in diesem Bereich nicht auf Unbefangenheit berufen. Trotzdem bleibt dem Bürger ein notwendiger "freier Raum vor der Gemeinschaft und dem Staate". Dieser befindet sich nämlich dort, wo die Gespräche stattfinden, die der Entfaltung der Persönlichkeit des einzelnen dienen, nämlich in seinem persönlichen Lebensbereich, also in den Privatgesprächen oder sonstigen vertraulichen Unterredungen. Hier geht der Mensch davon aus, daß nicht

30) vgl. auch Lang, Ton- und Bildträger, S. 32

31) E 1962, S. 326; vgl. auch Schwalm, ZStW 74 (1962), 157 (493) und Festschrift für Küchenhoff, S. 688 f

32) a.a.O., S. 331

jedes Wort gegen ihn verwendet wird, daß er seine Meinung im nachhinein abschwächen oder auch ändern kann. Hier gilt es, die "Unbefangenheit" des einzelnen zu gewährleisten. Es könnten nun zwar Bedenken bestehen, ob nicht die Unbefangenheit bereits dadurch verloren gehen könnte, daß es möglich ist, bestimmte Gespräche aufzuzeichnen, doch spricht dagegen, daß die Unterscheidung zwischen amtlichen Vernehmungen und Privatgesprächen bezüglich ihrer Verbindlichkeit auch für den Privatmann offenkundig ist. Wenn somit aber klar ist, wann eine Aussage vorliegt, so wird auch nicht die Unbefangenheit betroffen, wenn diese Aussage auf einen Tonträger festgehalten wird.

Es kann daher davon ausgegangen werden, daß auch nach der Begründung zu § 183 des E 1962 die heimliche Tonaufnahme von Vernehmungen durch Beamte der Strafverfolgungsbehörden nicht mit Strafe bedroht werden sollte.

4. Meinungen in der Literatur

Die Gerichte haben zu der Frage, ob heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen gem. § 201 StGB strafbar sind, in der bisherigen Zeit noch keine Entscheidung getroffen. Es können deshalb nur die in der Literatur vertretenen Meinungen zu Rate gezogen werden.

a) Die wohl überwiegende Anzahl von Autoren geht von den oben dargestellten Überlegungen des Gesetzgebers aus. Demnach ist Schutzobjekt des § 201 StGB "die Person in ihrer Privatsphäre, und zwar in der Vertraulichkeitssphäre, in der die Unbefangenheit des Wortes ge-

sichert werden soll"³³⁾.

Maurach³⁴⁾ nimmt zwar zur Frage nach der Zulässigkeit heimlicher Tonaufnahmen von Vernehmungen nicht ausdrücklich Stellung, doch seinen Ausführungen zum Schutzobjekt des § 298 StGB, der dem jetzigen § 201 StGB entspricht, ist eindeutig zu entnehmen, daß solche heimlichen Aufnahmen nicht vom Tatbestand erfaßt werden:

§ 298 StGB schützt nach Maurach die "Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes". Diese "Vertraulichkeit" eines Gesprächs definiert der Autor wie folgt: "Das gesprochene Wort im intimen, nicht öffentlichen Kreise, ist von Hause aus "vertraulich", ohne daß es Geheimnischarakter ... zu tragen braucht, und diese schon allein aus der Begrenztheit des Kreises der Gesprächspartner folgende Intimität des Wortes genügt, um Einbrüche Außenstehender als Verletzung des persönlichen Lebensbereichs erkennen zu lassen ..."³⁵⁾

Nun steht zwar fest, daß die "Vertraulichkeit" eines Gesprächs nicht vom Thema abhängig sein darf³⁶⁾; um die Unbefangenheit des einzelnen zu schützen, muß es gleichgültig sein, ob er über intimste Gefühle oder über belanglose Alltäglichkeiten spricht, - eben weil er nicht befürchten soll, von seinem Gesprächspartner "auf

33) Dreher, StGB, § 201 Anm. 2; Lackner, StGB, § 201 Anm. 1; ebenso folgende Autoren zu dem früheren, insoweit gleichlautenden § 298 StGB: Lang-Hinrichsen, Die Polizei 1970, 87; Maurach, Strafrecht II, § 22 I D; Welzel, Strafrecht, § 45 III

34) a.a.O., § 22 II C 1

35) a.a.O., § 22 I D

36) vgl. Lackner, StGB, § 201 Anm. 2

jedes Wort festgelegt zu werden". Andererseits ist es aber einer Vernehmung eigentümlich, daß sie nicht unter die vertraulichen Gespräche fällt. Denn wenn eine "Begrenztheit des Kreises der Gesprächspartner" ausscheidet, da der Vernehmungsbeamte für ein Strafverfahren Beweise sammelt, ist notwendige Folge davon, "daß bei verantwortlichen Vernehmungen in den Grenzen des dienstlichen Zweckes eine Vertraulichkeit nicht erwartet werden kann ..." ³⁷⁾.

Kann aber eine vertrauliche Behandlung des Gesprächs nicht erwartet werden, so ist die heimliche Tonaufnahme davon nicht strafbar gem. § 201 StGB.

b) Etwas anders sieht Schröder ³⁸⁾ den Schutzzweck des § 298 StGB a.F. und somit des jetzt geltenden § 201 StGB: "Die Vorschrift ist in erster Linie als Indiskretionsdelikt ausgestaltet (vgl. § 353d I: 'Vertraulichkeit des Wortes'). Sie dient aber gleichermaßen dem Schutz davor, daß das, was als flüchtige Lebensäußerung gemeint war, in eine jederzeit reproduzierbare Tonkonserve verwandelt wird, wobei eine besondere Gefahr darin liegt, daß die Begleitumstände der Äußerung nicht mehr erkennbar sind, so daß ein falscher Eindruck entstehen kann ... Mit 'Schutz der Unbefangenheit' ist dieser Schutzzweck nur unvollkommen gekennzeichnet." Mit dieser Meinung stützt sich der Autor auf einen Aufsatz von Gallas ³⁹⁾, in dem dieser als weiteren Schutzzweck des § 183 E 1962 den Schutz vor "Einbruch in den höchstpersönlichen Bereich" anführt, der darin besteht, "daß der Aufnehmende sich das Wort des anderen als solches

37) Schwalm, Festschr. f. Küchenhoff, S. 706, Fußn. 73

38) in: Schönke-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 1

39) ZStW 75 (1963), 16 f

im buchstäblichen Sinne 'aneignet'".⁴⁰⁾

Wenn Schröder damit auch den Schutzzweck des § 298 StGB a.F. etwas umfassender sieht, indem er durch das Verbot der heimlichen Tonaufnahme nicht nur die Unbefangenheit des Wortes sichern, sondern allgemein einen Eingriff in das Recht am gesprochenen Wort⁴¹⁾ verhindern will, so führt dies dennoch zu keiner anderen Beurteilung der Zulässigkeit heimlicher Aufzeichnungen von Vernehmungen. Denn auch dieser Autor vertritt die Ansicht, daß durch § 298 StGB a.F. lediglich ein Teilbereich der Privatsphäre geschützt werden soll. Es sollen nämlich in diesem Bereich die Worte, die "als flüchtige Lebensäußerung gemeint" waren⁴²⁾, nicht festgehalten werden dürfen.

Bei einer Aussage vor Beamten der Polizei oder Staatsanwaltschaft handelt es sich aber gerade nicht um solche "flüchtige Lebensäußerungen", sondern um Bekundungen, bei denen es für den Betroffenen möglicherweise um seine Freiheit, manchmal sogar um die Existenz geht.

Wenn Schröder auf die Gefahr hinweist, daß die heimliche Tonaufnahme eines Gesprächs "die begleitenden Umstände der Äußerung, zumal die Mimik und Gestik des Sprechenden, unberücksichtigt läßt und damit das aufzubewahrende Tonbild im Grunde verfälscht"⁴³⁾, so kann auch dies nicht für amtliche Vernehmungen gelten. Diese Gefahr mag vielleicht drohen, wenn eine Aufnahme aus

40) a.a.O., S. 19

41) Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 309 f

42) Schönke-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 1

43) vgl. hierzu auch Gallas, ZStW 75 (1963), 19

dem privaten Bereich veröffentlicht wird, ohne daß bekannt ist, bei welcher Gelegenheit und unter welchen Umständen sie angefertigt wurde. Hier aber stehen zunächst einmal die allgemeinen Umstände fest, unter denen die Tonaufnahme angefertigt wurde, nämlich im Rahmen eines Verhörs bei Polizei oder Staatsanwaltschaft. Diese Verhältnisse sind den Beamten, die sich nachher mit der Aufnahme zu befassen haben, bestens bekannt. Sie können an Hand des Tonfalles leicht feststellen, ob ein Vernommener eine Formulierung bewußt gebrauchte oder ob sie ihm versehentlich - weil er kein anderes Wort fand - über die Lippen kam. Ja, das Tonband dürfte sogar die Feststellung erleichtern, ob z.B. der Vernommene bereitwillig aussagte oder ihm seine Aussage mühsam entrungen wurde. Die Tonaufnahme von einer Vernehmung ist in dieser Beziehung wirklichkeitsgetreuer als jedes Protokoll, wo dem Aussagenden möglicherweise die Worte vom Beamten "in den Mund gelegt" wurden. Der Wahrheitsgehalt der Tonaufnahme dürfte infolgedessen dem schriftlichen Protokoll weit überlegen sein⁴⁴⁾.

Somit gibt auch der weitergehende Schutzzweck, den Schröder der Regelung des § 298 StGB a.F. zuerkennt, keine Veranlassung, die heimliche Tonaufnahme von Vernehmungen für strafbar i.S.d. jetzt geltenden § 201 StGB zu halten.

44) Dallinger, MDR 1956, 145; Feldmann, NJW 1958, 1168; Freund, Weinheimer Tagung, S. 23; Henkel, JZ 1957, 149, 152; Höfler, Kriminalistik 1954, 236; Klein-knecht, NJW 1966, 1541; Kohlhaas, DRiZ 1955, 81; Kühne, Beweisverbote, S. 34; Lang, Ton- und Bild-träger, S. 75; Otto, GA 1970, 303; Rasow, NJW 1958, 655; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 642; ders., JZ 1956, 208; Schulz, Kriminalistik 1958, 6; Siegert, DRiZ 1957, 102;

c) Einen entschiedenen Standpunkt für die Strafbarkeit der heimlichen Tonaufnahme von Vernehmungen nimmt Dahs⁴⁵⁾ ein.

Soll demnach eine behördliche Tonaufnahme im Verfahren gebraucht werden, so "ist zu überwachen, daß die Aufnahme nicht heimlich und damit grundsätzlich in strafbarer Weise hergestellt worden ist (Amtsdelikt gem. § 353d StGB). So darf bei polizeilichen Vernehmungen ein Band nur laufen, falls der Beschuldigte oder die Beweisperson zustimmt ... Ausnahmen sind bei Vernehmungen nicht denkbar..."

Dahs bezieht sich bei dieser Aussage auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.6.1960⁴⁶⁾. In diesem Falle hatte ein Angeklagter vor der Polizei ein Geständnis abgelegt, das mit seiner Einwilligung auf ein Tonband aufgenommen wurde. In der Hauptverhandlung wurde dieses Tonband im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung des Polizeibeamten abgespielt. Der Bundesgerichtshof betrachtete dieses Abspielen der Tonaufnahme als Vorhalt gegenüber dem Zeugen zur Unterstützung des Gedächtnisses. Unter Hinweis auf die Zulässigkeit des Vorhalts einer Niederschrift über eine polizeiliche Vernehmung (BGHSt 1, 337) hielt der Senat das Abspielen eines Tonbandes für gerechtfertigt, "das mit Zustimmung des Sprechers aufgenommen und nicht verändert worden ist..."⁴⁷⁾.

45) Handbuch, Rdn. 486

46) BGHSt 14, 339

47) a.a.O., S. 340

Abgesehen davon, daß der Bundesgerichtshof im Jahre 1960 keinesfalls eine Aussage zu den am 22.12.1967 in das Strafgesetzbuch eingefügten §§ 298, 353d und zu dem nunmehr geltenden § 201 StGB machen konnte, spricht gegen die Meinung von Dahs, daß diese Entscheidung lediglich die positive Aussage enthält, daß ein Tonband, das mit Zustimmung des Sprechers aufgenommen wurde, in der Hauptverhandlung verwertet werden darf. Ob eine heimliche Aufnahme durch die Polizei verwertbar wäre, hat der Bundesgerichtshof, wie bisher alle Obergerichte, unerörtert gelassen. Ebenso wenig wurde eine Entscheidung bezüglich einer evtl. Unverwertbarkeit der Aufnahme wegen Verstoßes gegen § 136a StPO getroffen: "Denn ein Verstoß gegen diese Vorschrift könnte nur in Betracht kommen, wenn die Tonaufnahme gegen oder jedenfalls ohne den Willen des Angeklagten zustande gekommen wäre."⁴⁸⁾

Da der Bundesgerichtshof diese Frage somit nur angedeutet, nicht aber beantwortet hat, kann seine Entscheidung nicht als Beweis für die Unzulässigkeit oder gar Strafbarkeit der heimlichen Tonaufnahme von amtlichen Vernehmungen herangezogen werden.

Gegen die Meinung von Dahs über die Strafbarkeit heimlicher Aufzeichnungen von Vernehmungen spricht daher, daß sie einer schlüssigen Begründung entbehrt. Sie kann zu dem oben festgestellten Ergebnis keine neuen Gesichtspunkte beitragen.

48) a.a.O., S. 341

5. Sonstige amtliche Unterredungen mit Beamten der
Strafverfolgungsorgane

Steht somit nach den Motiven des Gesetzgebers wie nach der überwiegenden Meinung in der Literatur fest, daß die heimliche Tonaufnahme eines Verhörs durch Beamte von Staatsanwaltschaft oder Polizei nicht strafbar gem. § 201 StGB sein kann, da hierdurch nicht der persönliche Lebensbereich, die Privatsphäre des Gesprächspartners, betroffen wird, so hat dies auch für andere amtliche Unterredungen zwischen Bürgern und Beamten der Strafverfolgungsorgane zu gelten.

Denn auch in den Fällen, in denen sich der Bürger im Rahmen einer formlosen "informativischen Befragung"⁴⁹⁾ zu einem strafrechtlich bedeutsamen Sachverhalt äußert oder in denen er nach einer als solche erkennbaren Vernehmung noch Anmerkungen zu seiner vorherigen Aussage macht⁵⁰⁾, weiß er, daß seine Worte von Bedeutung für das Strafverfahren sein können und dort verwendet werden dürfen. Das Gespräch zwischen Bürger und Beamten spielt sich demzufolge auch in diesen Fällen in einem Bereich ab, in dem eine Vertraulichkeit im weitesten Sinne ausscheidet, wo also die Strafdrohung des § 201 StGB nicht erforderlich ist.

49) vgl. Kleinknecht, StPO, § 163a Anm. 5;
ders., Kriminalistik 1965, 451

50) vgl. BGH, JZ 1956, 227

6. Zusammenfassung

Durch die Einführung der §§ 298, 353d a.F. bzw. des jetzigen § 201 in das Strafgesetzbuch wurde der Schutz der Privatsphäre wesentlich erweitert. Indem allen Gesprächen innerhalb des persönlichen Lebensbereichs eine gewisse Vertraulichkeit zuerkannt wird, soll die Unbefangtheit des Wortes, die zur freien Entfaltung der Persönlichkeit unbedingt nötig ist, gesichert werden. Niemand soll befürchten müssen, bei Privatgesprächen auf jedes einzelne Wort festgelegt zu werden.

Von diesen Gesprächen im privaten Bereich sind aber amtliche Unterredungen zwischen Bürgern und Beamten der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere Vernehmungen, zu unterscheiden. Denn diese Unterhaltungen finden zu dem Zweck statt, einen Sachverhalt aufzuklären und gegen Straftäter Beweise zu sammeln. Wer demzufolge in diesem Rahmen gegenüber Beamten der Strafverfolgungsorgane eine Äußerung macht, weiß, daß es hierbei auf jedes Wort ankommt, daß ihm jede Äußerung, die er hier von sich gibt, später wieder vorgehalten werden kann.

Die amtlichen Unterredungen zwischen Beamten und Bürgern spielen sich somit in einem Bereich ab, in dem - für beide Partner erkennbar - grundsätzlich eine Vertraulichkeit im weitesten Sinne ausscheiden muß. Wenn aber eine solche Vertraulichkeit des Gesprächs nicht gegeben ist, so liegt auch kein "nichtöffentlich gesprochenes Wort" im Sinne des § 201 StGB vor. Ein Beamter, der von solchen Gesprächen eine heimliche Tonaufnahme macht, kann demnach nicht bestraft werden, ebensowenig ergibt sich aus § 201 StGB eine Unzulässigkeit der heimlichen Aufzeichnung.

II. Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO?

Auch wenn heimliche Tonaufnahmen von behördlichen Vernehmungen und sonstigen amtlichen Gesprächen nicht gem. § 201 StGB strafbar sind, so ist doch zu beachten, daß auch in der Strafprozeßordnung Regelungen enthalten sind, die möglicherweise solche Aufnahmen verbieten. So enthält § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO das Verbot, "die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten" durch Täuschung zu beeinträchtigen. Ebenso geschützt wird durch diese Vorschrift ein Zeuge oder Sachverständiger⁵¹⁾. Da das Verbot des § 136a StPO nicht nur für Vernehmungen durch den Richter, sondern auch durch Beamte der Staatsanwaltschaft und des Polizeidienstes gilt⁵²⁾, stellt sich die Frage, ob nicht heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen unter Verstoß gegen § 136a StPO zustande kommen und somit als unzulässig angesehen werden müssen.

1. Ausdrückliche Täuschungshandlung durch die Zusage, daß keine Verwertung der Aussage erfolge

Bei der Beurteilung des Verbots aus § 136a StPO dürfen keine Zweifel daran bestehen, daß die heimliche Tonaufnahme einer Vernehmung dann unverwertbar ist, wenn der Beamte dem Vernommenen ausdrücklich zugesichert hatte, daß er dessen Angaben nicht verwerten werde. Der Vernommene will sich unter diesen Umständen eventuell privat äußern, keinesfalls aber will er eine verantwortliche Aussage im Rahmen des Strafverfahrens machen.

51) § 69 Abs. 3, § 72 StPO

52) § 163a Abs. 3, 4 S. 2, Abs. 5 StPO

Wenn er durch die Zusage des Vernehmungsbeamten dennoch zu bestimmten Angaben veranlaßt wird, so macht er diese in dem Bewußtsein, daß sie nicht Bestandteil einer offiziellen Vernehmung werden. Läßt der Beamte nun trotzdem diese vertraulichen Angaben auf einen Tonträger aufzeichnen, so kommt die "Aussage" - wenn man sie überhaupt so bezeichnen will - unter Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO zustande, weil sie dem Vernommenen durch eine Täuschung des Beamten entwunden wurde⁵³⁾.

2. Täuschung durch die Zusicherung, daß keine Tonaufnahme von der Aussage stattfinde

Nicht ganz so eindeutig liegt der Fall, wenn der Vernehmungsbeamte lediglich zusicherte, daß von der Aussage keine Tonaufnahme angefertigt werde. Denn hier will der Vernommene eine Aussage machen, er wendet sich nur dagegen, daß diese Aussage auf einem Tonträger festgehalten wird.

Roggemann⁵⁴⁾ vertritt die Meinung, daß in diesem Falle eine heimliche Tonaufnahme nicht gegen das Verbot des § 136a StPO verstößt. Er meint: "Selbst wenn dem Vernommenen von seiten des Vernehmenden ausdrücklich zugesichert wird, daß keine Schallfixierung der Vernehmung erfolge, und entgegen dieser Zusicherung heimlich eine Tonaufnahme angefertigt wird, so läßt sich nicht sagen, daß dadurch die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung beeinträchtigt werde. Darauf, was der Vernommene inhaltlich sagen will,

53) Böhne, Naturrecht, S. 29; Kohlhaas, DRiZ 1955, 82; ders., NJW 1957, 85; Roggemann, Tonband, S. 124

54) Tonband, S. 124

wirkt sich der heimliche Bruch einer solchen Zusage nicht aus. Entscheidend bleibt für den sachlichen Inhalt seiner Aussage, daß er bestimmte Tatsachen den Strafverfolgungsbehörden überantwortet, daß diese Tatsachen festgehalten und für das Verfahren verwertet werden. Die Art der Fixierung kann demgegenüber als Kausalfaktor für den Entschluß des Vernommenen, bestimmte Tatsachen auszusagen und dies oder jenes zu verschweigen, nicht ins Gewicht fallen."

Auch wenn man berücksichtigt, daß gerade die Handhabung des Täuschungsverbotes einer "vernunftgemäß einengenden Auslegung" bedarf⁵⁵⁾, so dürfte diese Einschränkung durch Roggemann doch zu weit gehen. Denn es ist grundsätzlich zu bedenken, daß die Erfüllung der Aussagepflicht bei polizeilichen Vernehmungen gegenüber Zeugen und Beschuldigten, bei Vernehmungen durch den Staatsanwalt gegenüber dem Beschuldigten, nicht erzwingbar ist⁵⁶⁾.

Der so Vernommene muß daher frei darüber entscheiden können, ob und wie er aussagen will⁵⁷⁾. Er kann jede Aussage zur Sache verweigern⁵⁸⁾, er kann auch nur bestimmte Fragen beantworten. Ebenso muß dann auch sein

55) Erbs, NJW 1951, 388; Pauli, DRiZ 1950, 462; Roggemann, Tonband, S. 123

56) §§ 161a, 163a Abs. 3, 4; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; Schluß aus §§ 51, 70 StPO

57) Erbs, NJW 1951, 387; Fuhrmann in: Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, StPO, § 136a Anm. 1 b

58) zur Problematik, ob der Beschuldigte Angaben zur Person machen muß, vgl. Kleinknecht, StPO, § 243 Anm. 5; Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Anm. 9a; Peters, Strafprozeß, § 28 IV

Wille geachtet werden, wenn er sich zusichern läßt, daß keine Tonaufnahmen von seinen Angaben erfolgen.

Die Zusicherung des Beamten ist hier bestimmend für das Verhalten des Vernommenen; denn er hat ja gezeigt, daß dieser Umstand für ihn von Bedeutung ist. Wird nun entgegen dieser Zusicherung eine heimliche Tonaufnahme angefertigt, so wird in unzulässiger Weise die Willensentschließung des Aussagenden nicht beachtet.

§ 136a verbietet aber nicht nur, in unzulässiger Weise Einfluß darauf auszuüben, ob und in welchem Umfang der zu Vernehmende eine Aussage macht, sondern auch, diese Aussage - wenn es dem erklärten Willen des Vernommenen widerspricht - in einer über das Schriftprotokoll hinausgehenden Form festzuhalten. Wird daher eine solche Tonaufnahme von einer Vernehmung entgegen der ausdrücklichen Zusicherung des Beamten angefertigt, so kommt sie unter Verstoß gegen § 136a StPO zustande und ist demzufolge unverwertbar⁵⁹⁾.

3. Rechtspflicht zum Hinweis auf Tonaufnahmen?

Die beiden soeben besprochenen Fälle haben gemeinsam, daß bei ihnen der Vernommene über die Tonaufnahme ausdrücklich getäuscht wurde. Noch schwieriger dürften aber solche Aufzeichnungen zu beurteilen

59) Henkel, JZ 1957, 150; ders., Weinheimer Tagung, S. 48; Kohlhaas, NJW 1957, 84; ders., Jur.-Jahrb., Bd. 4, S. 65; Liermann, Diss., S. 47; Roessler, Diss., S. 140; Sax in: Müller-Sax, StPO, Vorb. § 48 Anm. 2b I (7) b; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 641; vgl. auch Hauser, SchweizZStrR 88 (1972), 120/121

sein, von denen sich der Vernommene überhaupt keine Vorstellungen macht, da er an das Vorhandensein eines Tonaufnahmegerätes überhaupt nicht denkt. Denn unter dem Begriff "Täuschung" in § 136a StPO ist nicht allein ein aktives Irreführen durch den Vernehmungsbeamten zu verstehen, ebenso fällt darunter auch in bestimmten wichtigen Punkten das bewußte Ausnützen eines Mißverständnisses oder eines Irrtums des Aussagenden⁶⁰⁾. Eine heimliche Tonaufnahme von einer Vernehmung kommt demnach nur dann unter Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO zustande, wenn eine Rechtspflicht des Vernehmenden zur Aufklärung des Vernommenen, also zum Hinweis auf die heimliche Fixierung besteht.

a) Eb. Schmidt⁶¹⁾ vertritt die Ansicht, daß ein Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO stets vorliegt, wenn eine heimliche Tonaufnahme von einer Vernehmung angefertigt wird: "Auch wenn sich ohne ausdrückliche Zusicherungen aus den Umständen der Vernehmung ergibt, daß der zu Vernehmende mit einer anderen als der üblichen protokollarischen Fixierung seiner Aussage nicht rechnet und damit auch nicht einverstanden sein würde, würde die Durchführung einer Tonbandaufnahme eine Täuschung im Sinne des § 136a bedeuten."⁶²⁾

Zu dieser Begründung von Eb. Schmidt ist zu sagen, daß sie die Aufklärungspflicht des Vernehmungsbeamten viel zu sehr ausweitet. Wenn allein die Tatsache, daß der zu Vernehmende sich eventuell in einem Irrtum über die Fixierung seiner Aussage befindet, genügt, um eine

60) vgl. Kleinknecht, StPO, § 136a Anm. 2 A e

61) Gedächtnisschrift, S. 641

62) Gedächtnisschrift, S. 641

"Täuschung im Sinne des § 136a StPO" anzunehmen, so müßte der Vernehmungsbeamte nahezu jeden Irrtum des Vernommenen aufklären, der Einfluß auf dessen Aussagebereitschaft haben könnte. Das Verhör würde dadurch für den zu Vernehmenden eher zu einer "Informationsstunde" werden, keinesfalls wäre es für die Behörden ein geeignetes Mittel zur Verbrechensaufklärung.

Legt man zugrunde, daß es keine allgemeine Verpflichtung der Vernehmungsbeamten gibt, jeden Irrtum oder jedes Mißverständnis des Beschuldigten aufzuklären⁶³⁾, so kann auch die heimliche Tonaufnahme nicht von so entscheidender Bedeutung sein, daß darin eine unzulässige Beeinflussung des Willens des Aussagenden gesehen werden muß. Der fehlende Hinweis auf das laufende Tonband stellt somit lediglich ein Unterdrücken von Tatsachen dar, eine gem. § 136a StPO verbotene Täuschungshandlung ist darin nicht zu sehen⁶⁴⁾.

b) Im Gegensatz zu Eb. Schmidt stellen andere Autoren nicht auf die mutmaßlichen Vorstellungen des Vernommenen ab, sie entnehmen vielmehr dem Sinn des § 136a StPO bzw. dem Vertrauen der Bürger in ein ordnungsgemäßes Vorgehen der Behörden die Pflicht zum Hinweis auf das laufende Band.

63) vgl. Fuhrmann in: Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, StPO, § 136a Anm. 7; Kleinknecht, StPO, § 136a Anm. 2 A e; Kleinknecht macht hierbei die richtige Einschränkung, daß sich für den Vernehmungsbeamten - wohl aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO - die Pflicht ergibt, "einen erkennbaren Rechtsirrtum des Beschuldigten über seine Aussagepflicht" aufzuklären; vgl. auch Müller in: Müller-Sax, StPO, § 136a Anm. 2 e

64) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, StPO, § 136a Anm. 7; Müller in: Müller-Sax, StPO, § 136a Anm. 1 c; Siegert, DRiZ 1953, 100; 1957, 102; a.A.: Heimerich, BB 1956, 252

So führt Dürig⁶⁵⁾ aus: "Wer mit staatlichen Stellen irgendwie amtlich befaßt wird, setzt selbstverständlich voraus, daß staatlicherseits nur als rechtserheblich gewertet wird, was 'ins Reine' gesprochen wird. Der unterlassene Hinweis auf die Bandaufnahme täuscht dieses selbstverständliche Vertrauen. Es wird von Amts wegen etwas in Erfahrung gebracht und festgelegt, was sonst überhaupt nicht oder nicht so gesprochen worden wäre. Was der Staat ohne Wissen des Sprechenden ... erfahren und festgelegt hat, ist auch im Verfahren nicht verwertbar."

Henkel vertritt die Auffassung, daß heimliche Tonaufnahmen "eine besondere Art der Täuschung i.S.d. § 136a" darstellen⁶⁶⁾. Da das Wissen um die Tonaufnahme Einfluß auf den Willen, auszusagen, haben könne, würde durch eine heimliche Aufzeichnung das Persönlichkeitsrecht des Aussagenden beeinträchtigt. Man müsse deshalb über den unmittelbar aus dem Gesetz erkennbaren Regelungsbereich des § 136a StPO hinausgreifen und auf die Grundgedanken und Grundpositionen seiner rechtlichen Regelung zurückgehen⁶⁷⁾:

"Es ist in der Tat ein grundlegender Unterschied, ob Bekundungen sozusagen gesprächsweise, ohne den Willen der Festlegung des Aussagenden auf seine Erklärungen, oder ob sie im Bewußtsein dieser Festlegung und der daraus möglicherweise sich ergebenden späteren Auswirkungen gemacht werden. Während die 'unverbindlich' geäußerte Erklärung, jedenfalls in der Erwartung des Erklärenden, der leichten Korrektur unterliegt, wird

65) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 39 bb

66) Strafverfahrensrecht, § 39 V 2, Fußn. 35

67) JZ 1957, 150

die zur Fixierung gegebene Aussage viel schwerer geändert, zumal dann, wenn sie, wie insbesondere für den Zeugen, nachteilige Folgen haben kann. Es ist also sehr wichtig, dem zu Vernehmenden das Bewußtsein der bevorstehenden Fixierung der Aussage zu geben..."⁶⁸⁾

Scupin⁶⁹⁾ entnimmt - wie auch Eb. Schmidt⁷⁰⁾ - der Regelung des § 136a StPO den Sinn, daß der zu Vernehmende "nicht seiner Willensfreiheit beraubt" werden dürfe und daß er "Prozeßsubjekt und Persönlichkeit bleiben" müsse. Da die heimliche Tonaufnahme einer Vernehmung gegen das Gebot aus Art. 1, 2 GG wie auch gegen das Verbot des § 136a StPO verstoße, bestehe für den Beamten die Pflicht zum Hinweis auf das laufende Band.

Nach Schröder⁷¹⁾ schließlich ist dem Grundgedanken des § 136a StPO das Verbot zu entnehmen, den Vernommenen über die heimliche Aufnahme zu täuschen, wie auch, ihm eine solche Aufzeichnung lediglich zu verheimlichen.

Diese Meinungen lassen sich wie folgt zusammenfassen: § 136a StPO soll sicherstellen, daß bei Vernehmungen die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung der Aussageperson nicht durch unzulässige Mittel beeinträchtigt wird⁷²⁾. Wird von einem amtlichen Verhör heimlich eine Tonaufnahme angefertigt, so wird dadurch der Mensch vom "Beteiligten" zum "Gegenstand" des Strafverfahrens⁷³⁾. Es werden von ihm näm-

68) Henkel, JZ 1957, 151

69) DÖV 1957, 552

70) Gedächtnisschrift, S. 640

71) in: Schönke-Schröder, StGB, § 298, Rdn. 40a

72) Henkel, JZ 1957, 150

73) BGHSt 5, 332 (333)

lich möglicherweise Äußerungen festgehalten, die sonst in dieser Form nicht gemacht worden wären. Sei es nun, daß man aus dem Vertrauen des Bürgers in ein ordnungsgemäßes Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden eine Rechtspflicht zum Hinweis auf die Tonaufnahme entnimmt⁷⁴⁾ oder daß man "über den unmittelbar aus dem Gesetz erkennbaren Regelungsbereich hinausgreift und auf den Grundgedanken" des § 136a StPO "zurückgeht"⁷⁵⁾ oder daß man auf Grund "allgemeiner prozessualer Erwägungen" zu einer Unzulässigkeit der heimlichen Tonaufnahme kommt⁷⁶⁾, in jedem Falle wird der Regelung des § 136a StPO eine erweiternde Auslegung zugrunde gelegt.

c) Es ist daher zu klären, ob Sinn und Zweck des § 136a StPO überhaupt eine solche Ausweitung des Verbotes verlangen bzw. ermöglichen.

Zu bedenken ist dabei, daß § 136a StPO eine Beschränkung der Sachaufklärungspflicht der Strafverfolgungsbehörden enthält und eine ausdehnende Auslegung nur zulässig ist, wenn dies nach dem Grundgedanken der Bestimmung notwendig ist⁷⁷⁾. Das Verbot des § 136a StPO kann heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen daher nur betreffen, wenn feststeht, daß durch die Ächtung der dort aufgezählten Maßnahmen verhindert werden sollte, was durch die heimliche Aufzeichnung erreicht würde.

74) so Dürig, a.a.O., Art. 2 Abs. 1, Rdn. 39 bb

75) Henkel, JZ 1957, 150

76) Henkel, Weinheimer Tagung, S. 49

77) Müller in: Müller-Sax, StPO, § 136a Anm. 1 a

Karl Peters⁷⁸⁾ nennt für das Verbot des § 136a StPO ein dreifaches Ziel:

Die Vorschrift will demnach Vernehmungsmethoden ausschließen,

- a) die der Würde des Vernommenen widersprechen,
- b) die dem Ansehen des Staates und seiner Strafrechtspflege widersprechen,
- c) die die Sicherheit der Tatsachenfeststellung gefährden.

Sollte eines dieser drei Ziele durch heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen gefährdet werden, so würden solche Aufnahmen auch unter das Verbot des § 136a StPO fallen.

Zu a): Widersprechen heimliche Tonaufnahmen der Würde des Vernommenen?

"Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten."⁷⁹⁾

Dieses "Menschsein" findet Ausdruck in der Menschenwürde, wie sie gem. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt ist. Diese Würde ist in allen Lebenslagen zu achten, also auch im Strafverfahren.

78) K. Peters, Strafprozeß, § 41 II 2; vgl. hierzu auch Löwe-Rosenberg, StPO, Kap. 12 IV 1

79) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Abs. 1, Rdn. 18

"Die Würde des Menschen besteht darin, Persönlichkeit zu sein und sittliche Entscheidungen treffen zu können. Dort wo es um sittliche Entscheidungen geht, kann diese der Mensch nur in der Freiheit treffen. Freiheit setzt Willen und Bewußtsein voraus. Eine sittliche Leistung stellt die menschliche Aussage im Strafverfahren dar; denn sie setzt eine Entscheidung zur Wahrheit, für den Beschuldigten häufig eine Entscheidung zum Bekenntnis voraus."⁸⁰⁾

Der Beschuldigte muß sich daher in Freiheit entschließen können, ob er eine Aussage machen und wie er die einzelnen Fragen beantworten will⁸¹⁾. Sein Wille darf dabei weder ausgeschaltet, noch einem anderen Willen untergeordnet werden⁸²⁾. Hinter seiner Aussage muß die "volle Persönlichkeit" stehen⁸³⁾. Die Erforschungsmittel müssen auch im Strafverfahren "eine psychologisch beherrschbare Geheimsphäre des Menschen respektieren, die naturnotwendig mit seiner Würde verbunden ist"⁸⁴⁾.

Dabei darf es keine Abstufungen zwischen der Würde des Straftäters und der seines Opfers geben. Wenn Klein⁸⁵⁾ die Frage stellt, "ob nicht zumindest gegenüber besonders 'ausgekochten' vorbestraften Beschuldigten zur Wahrung der Würde etwa einer vergewaltigten Frau oder einer durch Verkehrsmord unter Alkoholeinfluß ums Leben gekommenen Person doch die Anwendung der durch § 136a StPO verbotenen psychologischen Vernehmungstechniken zulässig ist, ja von Abs. 1 (des Art. 1 GG) geradezu gefordert wird", so ist dem entgegenzu-

80) K. Peters, Strafprozeß, § 41 II 2 a

81) BGHSt, 5, 333 (334)

82) Erbs, NJW 1951, 386

83) Kleinknecht, StPO, § 136a Anm. 2

84) Bohne, Naturrecht, S. 28

85) in: v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 1 Anm. III 5 a

setzen, daß die Würde jedem einzelnen Menschen zukommt, daß sie angeboren und unverlierbar ist⁸⁶⁾. Jeder Mensch hat diese Würde, weil er Mensch ist und nicht, weil sein Verhalten bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Daher besitzen diese Würde auch der Geistes- kranke, der Asoziale und selbst der "entmenschte" Verbrecher⁸⁷⁾.

Die Würde des Vernommenen, also auch die des "ausge- kochten" und "entmenschten" Verbrechers muß deshalb in jeder Phase des Strafverfahrens unangetastet blei- ben. "Der rechtsstaatliche Strafprozeß ist die letzte und entscheidende Probe auf das Exempel, ob es dem Staat mit der in Art. 1 GG proklamierten und zum un- mittelbar geltenden Recht erhobenen Unantastbarkeit der Menschenwürde wirklich Ernst ist."⁸⁸⁾

Dabei ist allerdings zu beachten, daß die "Würde des Menschen" nicht unmittelbar mit dem in Art. 1, 2 GG garantierten "allgemeinen Persönlichkeitsrecht" gleichzusetzen ist. Denn während ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bereits vorliegt, wenn der Mensch in seiner freien Entfaltung Beschrän- kungen unterworfen wird, wird die Würde des Menschen erst betroffen, wenn er seiner eigentümlichen Fähig- keiten beraubt wird.

86) Nipperdey in: Bettermann-Nipperdey, Grundrechte, Bd. 2, S. 3

87) Nipperdey, a.a.O., S. 3; Münch, JZ 1958, 74; Nüse, JR 1966, 282

88) Niese, ZStW, Bd. 63, S. 228; vgl. auch Lang- Hinrichsen, Die Polizei 1970, 49; Roggemann, Tonband, S. 111

Es kann daher keine generelle Entscheidung getroffen werden, ob eine heimliche Tonaufnahme die Würde des Menschen verletzt, also unter die verbotenen Methoden des § 136a StPO fällt.

So wäre zweifellos die Menschenwürde betroffen, wenn z.B. ein Untersuchungsgefangener durch ständige Überwachung mit Abhöranlagen, welche jedes Wort von ihm festhalten, derart kontrolliert und jedes privaten Bereichs⁸⁹⁾ beraubt würde, daß er zu keinem freien Denken und Beurteilen mehr fähig wäre⁹⁰⁾.

Ebenso dürften heimliche Aufnahmen von intimsten Lebensäußerungen, insbesondere im sexuellen Bereich, einen Menschen so sehr treffen, daß er in ständiger Angst vor Bloßstellung leben müßte⁹¹⁾.

In solchen Fällen würde eine heimliche Tonaufnahme unmittelbar die Würde des Menschen verletzen, so daß sie gem. § 136a StPO verboten wäre.

Anders ist es aber, wenn von einer als solchen erkennbaren Vernehmung eine heimliche Tonaufnahme angefertigt wird. Hier hat sich der zu Vernehmende dazu entschlossen, eine Aussage zu machen. Auf diesen Entschluß hat der Vernehmungsbeamte nicht verbotenerweise eingewirkt. Die Aufzeichnung des Gesprächs hat auch keinen Einfluß auf die Fähigkeit des Aussagenden, das Für und Wider seiner Worte abzuwägen. Er macht hier seine Aussage in Freiheit, d.h. "mit dem Bewußtsein

89) vgl. auch BGHSt 5, 332 (335)

90) so auch Roggemann, Tonband, S. 91

91) Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Abs. 1, Rdn. 37; Kühne, Beweisverbote, S. 62; K. Peters, Beweisverbote, S. 151; Roggemann, Tonband, S. 91

und Wollen als Subjekt", nicht als Objekt des Strafprozesses⁹²⁾.

Der Mensch hat hier nicht in Furcht vor ständiger Bespitzelung zu leben, denn die Tonaufnahme ist klar erkennbar auf ein ganz bestimmtes Gespräch, nämlich auf eine "Aussage" beschränkt. Bei der Aussage aber weiß der Vernommene genau, daß jedes Wort verbindlich ist, sei es, daß es wörtlich zu Protokoll diktiert oder daß es "nur so dahin gesagt" wurde⁹³⁾. Ebenso ist ihm bekannt, daß er im Rahmen des Strafverfahrens noch die Möglichkeit hat, eventuelle Mißverständnisse aufzuklären.

Selbst wenn die Aussage vor den Beamten der Strafverfolgungsbehörden intime Darstellungen des Vernommenen enthalten sollte, deren Kundgebung ihm äußerst peinlich wäre, so ist dies doch anders zu bewerten, als wenn der intime Vorgang selbst heimlich festgehalten worden wäre. Denn durch die Angabe gegenüber dem Vernehmungsbeamten erweitert der Aussagende selbst den Kreis derer, die davon wissen sollen. Er teilt sich selbst weiteren Menschen mit. Unerheblich ist unter diesen Umständen, ob der Beamte den Inhalt der Aussage aufschreibt oder aber das Gesprochene auf einen Tonträger aufnimmt. Denn da der Vernommene keine Sorge haben muß, daß z.B. seine Aussage veröffentlicht und er so wiederum bloßgestellt würde, erstreckt sich der Kreis derer, die von seinen Äußerungen Kenntnis nehmen, über den vernehmen den Beamten nur noch auf die Personen, die für die Bearbeitung des Falles dienstlich zuständig sind.

92) Kleinknecht, NJW 1966, 1541; K. Peters, Beweisverbote, S. 157

93) Lang, Ton- und Bildträger, S. 74; Meinert, Vernehmungstechnik, S. 246; Schulz, Kriminalistik, 1958, 6

Das aber hat der Vernommene bewußt in Kauf genommen, da er ja von der Verbindlichkeit und Verwertbarkeit seiner Aussage wußte.

Infolgedessen steht fest, daß die heimliche Tonaufnahme von einer als solche erkennbaren Vernehmung nicht die Würde des Menschen verletzt. Eine Ausweitung des Beweismethodenverbots in § 136a StPO ist aus diesem Grunde nicht möglich und auch nicht erforderlich.

Zu b): Widersprechen heimliche Tonaufnahmen dem Ansehen des Staates und seiner Strafrechtspflege?

Der Staat erfüllt mit der strafrechtlichen Verfolgung des Verbrechens eine sittliche Aufgabe. Dieser Aufgabe wird er nur gerecht, wenn er auf sittlich zu mißbilligende Mittel verzichtet und sich auf einwandfreie Methoden beschränkt⁹⁴⁾.

Lang⁹⁵⁾ macht zu heimlichen Tonaufnahmen folgende Ausführungen: "Der Staatsbürger wird sich u.U. betroffen fühlen, wenn ihm plötzlich ein Tonband vorgehalten wird, von dessen Existenz er überhaupt nichts weiß. Er wird dieses Vorgehen als unehrlich empfinden. Man wird sich fragen müssen, ob dieses unerfreuliche Überlistungsmanöver überhaupt notwendig ist ..."

Es ist zwar richtig, daß es sich bei diesen heimlichen Tonaufnahmen um eine Überlistung des Vernommenen handeln kann, doch darf bei der Beurteilung solcher Methoden der Charakter des Strafverfahrens im allgemei-

94) K. Peters, Strafprozeß, § 41 II 2 b

95) Ton- und Bildträger, S. 76/77

nen und des Verhörs im besonderen nicht vergessen werden⁹⁶⁾.

Die Vernehmung durch einen Beamten von Polizei oder Staatsanwaltschaft ist, wie bereits Lang⁹⁷⁾ deutlich gemacht hat, kein trautes Gespräch unter Freunden, sondern oft - namentlich wenn es sich um die Vernehmung des Beschuldigten handelt - ein Kampf. Der zu Vernehmende wird hier nicht erwarten, daß der Beamte ihm jedes Wort gläubig abnimmt. Es ist vielmehr klar, daß der Beamte versuchen wird, auch für den Betroffenen unangenehme Angaben "aus ihm herauszubringen"⁹⁸⁾.

Als Ziel der Vernehmung des Beschuldigten steht dann ja auch kein kameradschaftlicher Ratschlag, es doch das nächste Mal besser zu machen, sondern die Überführung eines Straftäters, um ihn für seine Tat zur Rechenschaft zu ziehen. Der Vernommene weiß somit genau, daß seine Aussage große Unannehmlichkeiten für ihn oder einen anderen bringen kann. Er muß sich daher auch damit abfinden, daß der Beamte mit Maßnahmen gegen ihn vorgeht, die zwar wohl beim freundschaftlichen Zusammentreffen honorierter Bürger abgelehnt werden dürften, die aber dennoch im Bereich des sittlich Vertretbaren liegen⁹⁹⁾. Denn sittlich verwerfbar kann es nicht sein, wenn zwischen zwei Partnern - für beide erkennbar - ein Gespräch geführt

96) K. Peters, Strafprozeß, § 41 II 2 b

97) Ton- und Bildträger, S. 74

98) Wie Dürig (in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 39 bb) - vgl. Fußn. 65 - zu der "selbstverständlichen" Meinung des Vernommenen kommt, "daß staatlicherseits nur das als rechtserheblich gewertet wird, was 'ins Reine' gesprochen wird", ist unter diesen Umständen schwer zu verstehen.

99) K. Peters, Strafprozeß, § 41 II 2 b; Sarstedt in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Anm. 4 f

wird, um bestimmte Angaben oder Beweise zu erhalten, und dabei der eine der Gesprächspartner das Gespräch auf Tonträger aufnimmt, um einen Beweis für das Gesagte zu haben, falls der andere im nachhinein seine Worte abstreiten sollte.

Da somit heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen wegen des besonderen Charakters des Strafverfahrens dem Ansehen des Staates und seiner Strafrechtspflege nicht widersprechen, ist auch aus diesem Grunde eine Ausweitung des Verbots des § 136a StPO auf diese Maßnahmen weder möglich noch erforderlich.

Zu c): Wird die Sicherheit der Tatsachenfeststellung durch heimliche Tonaufnahmen gefährdet?

§ 136a StPO beruht nach K. Peters¹⁰⁰⁾ auf dem Gedanken, daß durch die dort angeprangerten Methoden aufs Ganze gesehen die Rechtspflege bedroht werde. "Mögen sie auch im Einzelfalle zu einer Ermittlung der Wahrheit führen, so bergen sie doch so viele Gefahrenmomente für das Entstehen falscher Aussagen in sich, daß der Gesetzgeber auf die Anwendung solcher Mittel generell verzichtet."¹⁰¹⁾

Da der Vernommene von der heimlichen Fixierung seiner Aussage nichts weiß, kann diese auch keinen Einfluß auf den Wahrheitsgehalt der Angaben haben. Ebensowenig aber besteht auch die Gefahr, daß dadurch falsche Feststellungen gemacht werden. Denn gleichgültig, ob die Aussage nun durch schriftliches Protokoll oder Tonband festgehalten wird, es wird jeweils nur bewiesen, daß

100) Strafprozeß, § 41 II c

101) K. Peters, a.a.O.

der Vernommene eine Aussage mit diesem Wortlaut gemacht hat. In jedem Fall ist es noch Aufgabe des Gerichts, den Wahrheitsgehalt der Aussage zu prüfen, unabhängig davon, ob sie im Bewußtsein der wörtlichen Festlegung oder "nur so dahingesagt" wurde (§ 261 StPO). Da aber die Tonaufnahme zuverlässiger als jedes Protokoll nur das festhält, was der Vernommene wirklich gesagt hat, und ihm nicht irgendwelche vom Vernehmungsbeamten formulierten Worte "in den Mund legt", ist es für das Gericht sogar noch leichter, festzustellen, ob eine Aussage so gemacht wurde oder nicht¹⁰²⁾.

Wenn aber keine Gefahr besteht, daß die heimliche Tonaufnahme zu falschen Tatsachenfeststellungen führt¹⁰³⁾, so ist auch keine Ausweitung des Verbots aus § 136a StPO erforderlich.

d) Somit steht fest, daß Tonaufnahmen von Vernehmungen keinen Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO darstellen, wenn der Aussagende über die Fixierung nicht aktiv getäuscht wurde. Denn eine Pflicht zum Hinweis auf die Aufzeichnung ist nicht erforderlich, da durch die Aufnahme solcher Gespräche der Schutzzweck des § 136a StPO nicht betroffen wird.

102) BGH, JZ 1956, 228

103) Freund, Weinheimer Tagung, S. 23; Siegert, DRiZ 1957, 102; Schulz, Kriminalistik 1958, 3, 6

4. Heimliche Aufnahme eines "aufgelockerten Gesprächs"
nach der als solche erkennbaren Vernehmung

Problematischer noch ist der Fall, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 1.12.1955¹⁰⁴⁾ zugrunde lag: Dort hatte sich nach Abschluß der im Protokoll festgelegten Vernehmung der Vernehmungsbeamte mit der Vernehmen in einen anderen Raum begeben und sich dort mit ihr noch "über den Gegenstand der Vernehmung in aufgelockerter Weise" unterhalten. Diese Unterhaltung wurde heimlich auf Tonband aufgenommen, wobei der Inhalt des Gesprächs sich nicht voll mit der vorhergegangenen Vernehmung gedeckt haben soll.

Der Bundesgerichtshof konnte aus diesen Feststellungen nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß die heimliche Tonaufnahme wegen Verstoßes gegen das Täuschungsverbot des § 136a StPO unverwertbar sei. Daß die nach Unterzeichnung des Protokolls in aufgelockerter Weise geführte Unterhaltung eine Vernehmung "wohl nicht sein sollte", daß dies der Vernehmen nicht "erkennbar zu sein brauchte" und daß sich der Inhalt der Unterhaltung nicht ganz mit der vorhergegangenen Vernehmung decken "soll", seien keine verwertbaren Gesichtspunkte, sondern bloße Vermutungen. Ob das Vorgehen des Vernehmungsbeamten "einer Täuschung im Sinne des § 136a StPO nahe kommt", könne erst nach Abspielen des Bandes in der Hauptverhandlung abschließend beurteilt werden. Die Tonaufnahme sei daher nicht allein auf Grund ihres heimlichen Zustandekommens unverwertbar.

Insbesondere Eb. Schmidt¹⁰⁵⁾ hat an dieser Entscheidung leidenschaftliche Kritik geübt:

104) BGH JZ 1956, 227

105) JZ 1956, 209; ebenso Koeniger, Hauptverhandlung, S. 276

Zu einer Deutlichmachung der Täuschung des Kriminalbeamten sei keineswegs das Abspielen des Tonbandes erforderlich gewesen, dafür reichten die sich aus dem landgerichtlichen Urteil ergebenden Tatsachen völlig aus: "... Der Kriminalsekretär S. hat die Angeklagte nach Abschluß der protokollierten Vernehmung in eine Situation gebracht, in der ihr nach allen veranstalteten Vorkehrungen die Tragweite ihrer Erklärungen unklar und verschleiert bleiben sollte. Wenn das nicht die Meinung gewesen wäre, wozu dann die 'aufgelockerte Form' der Unterhaltung und überdies das ohne Wissen der Angeklagten mitlaufende Tonband? Die 'aufgelockerte Form' hat in der Angeklagten das Gefühl hervorrufen sollen, daß jetzt keine sie festlegende 'Aussage' in Frage käme, daß sie sich also ungezwungen auslassen könne und ihre Worte nicht zu wählen brauche. Aber gerade das so Gesagte sollte durch die heimliche Tonbandaufnahme festgehalten und gegebenenfalls gegen die Angeklagte ausgespielt werden können ... Niemand kann zweifeln, daß, wenn die Angeklagte gewußt hätte, daß alle ihre Worte auf Tonband festgehalten werden, sie sich entweder überhaupt nicht oder jedenfalls höchst gezwungen und vorsichtig, also bestimmt anders geäußert haben würde als so, wie sie es in ihrer Ahnungslosigkeit getan hat ..."106)

Da "der Entschluß, sich zu äußern, und zwar in einer bestimmten Art zu äußern", durch "Verschleierungsmanöver" des Vernehmungsbeamten zumindest mitbestimmt worden sei, sei § 136a StPO sinngemäß anzuwenden und die Tonbandaufnahme demzufolge unverwertbar.

Ob diese Kritik von Eb. Schmidt zutrifft, hängt im wesentlichen davon ab, wie dieses Gespräch "in aufgelockerter Form" zu beurteilen ist. Sollte es sich nämlich dabei um eine Unterhaltung handeln, die einer Vernehmung entspricht, so müßte die heimliche Aufnahme davon ebenso beurteilt werden, wie dies bei dem offiziellen Verhör geschah. Es wäre also die Zulässigkeit der Aufnahme anzunehmen. Sollte es sich aber im Gegensatz dazu um ein privates Gespräch zwischen dem Kriminalbeamten und der Angeklagten gehandelt haben, so wäre die Sprecherin über die Verbindlichkeit ihrer Worte getäuscht worden, so daß dann die heimliche Tonaufnahme unter Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO zustande gekommen wäre.

Für Schulz¹⁰⁷⁾ besteht kein Unterschied zwischen dem zu Protokoll Gesagten und den Erklärungen in der anschließenden "aufgelockerten Unterhaltung", da es "bei sehr vielen protokollarischen Vernehmungen üblich (ist), daß man nach der Unterschriftsleistung mit dem Beteiligten nochmals über den Sachverhalt spricht, wie man sich oft auch vor der Niederschrift lange mit dem Beschuldigten über den gesamten Sachverhalt ausspricht."

Wenn Henkel¹⁰⁸⁾ behauptet, es sei "ein grundlegender Unterschied, ob jemand im Strafverfahren ... Erklärungen unverbindlich, sozusagen im Gespräch mit dem Partner, ohne den Willen der Festlegung abgibt, oder ob das Bewußtsein der Festlegung auf die Aussage besteht", so hält dem Schulz¹⁰⁹⁾ zu Recht entgegen, daß es gegenüber einem Ermittlungsbeamten keine "unverbindlichen Erklärungen" gibt; denn: "Der vernehmende Beamte

107) Kriminalistik 1958, 3

108) Weinheimer Tagung, S. 48

109) Kriminalistik 1958, 3

ist nach § 346 StGB verpflichtet, jede Äußerung einer dienstlich in einem Ermittlungsverfahren bestellten oder erschienenen Person zu berücksichtigen. Es würde im Gegenteil eine Täuschung i.S.d. § 136a StPO darstellen, wenn er einer Verhörsperson erklären würde: 'So jetzt wollen wir uns mal unverbindlich unterhalten.'¹¹⁰⁾

Ebenso führt Lang aus, daß derjenige, welcher als Beschuldigter zu einer Vernehmung vorgeladen werde, genau wisse, daß dort "kein trautes Gespräch unter Freunden" auf ihn warte. Das Verhör solle seiner Überführung dienen, "der Beamte wird jedes seiner Worte registrieren, wird Fragen stellen, um ihn in Widersprüche zu verwickeln"¹¹¹⁾. "Das muß selbst dann gelten, wenn die Vernehmung in 'aufgelockerter Form' erfolgt."¹¹²⁾

Zu dieser Beurteilung der "aufgelockerten Unterhaltung" kommt auch Sarstedt¹¹³⁾: "Wer sich als Beschuldigter mit einem Beamten der Strafverfolgungsbehörde, den er als solchen kennt, nach einer Vernehmung 'in aufgelockerter Weise' über die ihm zur Last gelegte Tat unterhält, wird nicht darüber getäuscht, daß sein Geplauder gegebenenfalls gegen ihn verwendet werden kann. Er irrt höchstens über die Beweisbarkeit dessen, was er wirklich gesagt hat."

Es ist daher davon auszugehen, daß die "aufgelockerte Unterhaltung" - soweit es die Verbindlichkeit der Äußerungen betrifft - der offiziellen Vernehmung

110) Kriminalistik 1958, 3; zu § 346 StGB a.F.
vgl. jetzt § 258a StGB

111) Ton- und Bildträger, S. 74

112) a.a.O., S. 74, Fußnote 220

113) in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Anm. 4 f

gleichzusetzen ist. Denn die Angeklagte wußte, daß sie im Rahmen eines polizeilichen Verhörs vernommen wurde. Sie durfte auch nicht annehmen, daß das, was sie "in aufgelockerter Form" erklärte, im Ermittlungsverfahren völlig unberücksichtigt blieb. Befand sich die Vernommene aber unter diesen Umständen in Unkenntnis über die Beweisbarkeit des so Gesagten, so lag kein Irrtum vor, der ihre "Freiheit des Willens", auszusagen, "beeinträchtigt hätte". Ein Verstoß des Vernehmungsbeamten gegen das Täuschungsverbot ist aus den festgestellten Tatsachen somit nicht ersichtlich¹¹⁴⁾.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist daher zuzustimmen, wenn sie feststellt, daß erst nach Abspielen des Bandes in der Hauptverhandlung abschließend beurteilt werden könne, ob der Vernehmungsbeamte die Willensfreiheit der Angeklagten durch Täuschung in unzulässiger Weise beeinflußt hat und somit die Aussage unter Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO zustande kam.

So wäre ja auch denkbar, daß beispielsweise der Vernehmungsbeamte der Angeklagten Vertraulichkeit des Gesprächs zugesichert hatte und die Aussage nur auf Grund dieser Täuschung festgehalten werden konnte.

Sollte sich daher durch das Abspielen des Bandes in der Hauptverhandlung ein Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO nachweisen lassen, so wäre die aufgezeichnete Aussage unverwertbar (§ 136a Abs. 3 S. 2 StPO),

114) vgl. auch Lang, Ton- und Bildträger, S. 74, Fußnote 220; Sarstedt in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Anm. 4 f; Schulz, Kriminalistik 1958, 3; a.M.: Heimerich, BB 1956, 251/252; Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 39 bb

im anderen Falle wäre die Tonaufnahme in zulässiger Weise angefertigt worden und dürfte der Erkenntnis des Gerichts dienen.

5. Zusammenfassung

Die Auswirkung des Verbots des § 136a StPO auf heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen läßt sich deshalb wie folgt zusammenfassen:

Der Vernehmungsbeamte darf den zu Vernehmenden nicht täuschen über die heimliche Aufzeichnung des Gesprächs, wenn dies für dessen Bereitschaft, auszusagen, von Bedeutung ist. Denn in diesem Falle wird in unzulässiger Weise Einfluß auf die Freiheit der Willensentschließung des Aussagenden genommen, so daß die so hergestellte Tonaufnahme nicht verwertbar ist.

Anders ist es aber, wenn der Aussagende sich keine Vorstellungen über eine evtl. Tonaufnahme macht. Unter diesen Umständen läge nur eine Täuschung des Vernehmungsbeamten vor, wenn dieser eine Pflicht zum Hinweis auf die heimliche Aufzeichnung hätte. Eine solche Rechtspflicht kann aber im Rahmen des § 136a StPO nicht angenommen werden, da heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen weder der Würde des Vernommenen noch dem Ansehen des Staates und seiner Strafrechtspflege widersprechen, noch die Sicherheit der Tatsachenfeststellung gefährden.

Wenn daher einerseits keine Pflicht zum Hinweis auf die heimliche Aufnahme besteht, andererseits aber kein "Handeln" des Vernehmungsbeamten erkennbar ist, so liegt bei der heimlichen Tonaufnahme eines Vernehmungs-

gesprächs kein Verstoß gegen das Täuschungsverbot des § 136a StPO vor. Der Vernommene befand sich in diesem Falle in einem Irrtum, der nicht auf das Verhalten des Vernehmungsbeamten zurückzuführen ist und von diesem auch nicht aufgeklärt werden muß¹¹⁵⁾.

III. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?

Auch wenn man das bisherige Ergebnis zugrunde legt, daß heimliche Tonaufnahmen von amtlichen Unterredungen zwischen den Beamten der Strafverfolgungsorgane und den Bürgern weder nach § 201 StGB strafbar noch nach § 136a StPO verboten sind, so stellt sich dennoch die Frage, ob nicht durch solche behördlichen Aufnahmen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Privatmannes verletzt wird. Dabei soll zunächst von der als solche erkennbaren amtlichen Vernehmung ausgegangen werden, um dann Rückschlüsse auch auf andere Unterredungen zu ziehen.

1. Meinungen in der Literatur

In der Literatur ist dieses Problem weiterhin sehr umstritten:

a) Im wesentlichen wird bei den Stimmen, die eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts be-

115) Dallinger, MDR 1956, 145; Fuhrmann, in: Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, StPO, § 136a Anm. 7; Kohlhaas DRiZ 1955, 82; NJW 1957, 84; Jur.-Jahrb., Bd. 4, S. 65; NJW 1972, 239; Müller in: Müller-Sax, StPO, § 136a Anm. 1 c; K. Peters, Beweisverbote, S. 157; Roessler, Diss., S. 141; Sarstedt in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Anm. 4 f; Siegert, DRiZ 1953, 100; 1957, 102

jahren, kein Unterschied zwischen der Aufzeichnung einer amtlichen Vernehmung und der Fixierung eines sonstigen Gesprächs gemacht:

So darf nach Dahs¹¹⁶⁾ bei polizeilichen Vernehmungen ein Band nur laufen, falls der Beschuldigte zustimmt. Ausnahmen seien auch bei Vernehmungen nicht denkbar.

Nach der Meinung von Dürig¹¹⁷⁾ enthält Art. 2 Abs. 1 GG ein Grundrecht, "ins Unreine" sprechen zu dürfen, ohne auf jedes Wort festgelegt zu werden. Von dem Verbot, heimlich das gesprochene Wort der Bürger auf Sprechwiedergabegeräte aufzunehmen, gebe es keine Ausnahme, auch nicht bei Vernehmungen¹¹⁸⁾.

Für Hamann¹¹⁹⁾ folgt die Unzulässigkeit heimlicher amtlicher wie privater Tonbandaufnahmen aus Art. 1 Abs. 1 GG.

Nach der Meinung von Henkel¹²⁰⁾ sind heimliche, d.h. ohne Genehmigung des Sprechenden hergestellte Tonbandaufnahmen grundsätzlich als Persönlichkeitsverletzungen unzulässig, "und zwar als Aufnahme bei behördlichen Vernehmungen ebenso wie bei Gesprächen unter Privatpersonen". Auch der zu Vernehmende müsse das Bewußtsein der bevorstehenden Fixierung der Aussage haben, "ganz besonders von der beabsichtigten Tonbandaufnahme, die die Äußerung nicht nur Wort für Wort, sondern auch im Klang der Stimme und der Sprechweise festhält"¹²¹⁾.

116) Handbuch, Rdn. 486

117) in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 38

118) a.a.O., Rdn. 39

119) in: Hamann-Lenz, GG, Art. 1 B 3 b

120) Strafverfahrensrecht, § 57 V

121) ders., JZ 1957, 148, 151

Lang-Hinrichsen¹²²⁾ zählt zu den die freie Entfaltung der Persönlichkeit garantierenden Schutzbereich auch die Befugnis des einzelnen, "selbst darüber zu bestimmen, ob seine Worte nur seinem Gesprächspartner oder einem bestimmten Personenkreis oder allgemein der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen, und umso mehr, ob seine Stimme mittels eines Tonträgers festgehalten werden darf". In den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG fallen demnach nicht nur Äußerungen in der Intimsphäre, "sondern jedes gesprochene Wort"¹²³⁾. Aus diesem Grunde sei die heimliche Tonaufnahme der Vernehmung eines Beschuldigten oder Zeugen genauso unzulässig wie die Aufzeichnung eines Gesprächs unter Beschuldigten oder anderen Personen.

Ausgehend von der Beweisverwertung vertritt Müller¹²⁴⁾ die Ansicht, daß das heimliche Vorgehen bei einer Tonaufnahme das Recht des Sprechenden auf freie Selbstbestimmung seiner Persönlichkeit, zu dem auch das Recht des Menschen an seinem gesprochenen Wort gehöre, verletze. Dieses Verbot gelte auch bei einer strafprozessualen Vernehmung. Bei der heimlichen Aufnahme einer als solchen erkennbaren amtlichen Vernehmung werde zwar der Aussagende nicht im Sinne des § 136a StPO "getäuscht", sondern lediglich "überlistet", doch folge hier die Unzulässigkeit des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 GG¹²⁵⁾.

122) Die Polizei 1970, 48

123) a.a.O.

124) in: Müller-Sax, StPO, Vorb. § 48 Anm. 2 b I
(7) b

125) a.a.O.

Auch nach Nipperdey¹²⁶⁾ ist bereits die Aufnahme des gesprochenen Wortes eine Persönlichkeitsverletzung, "weil jeder ein Recht darauf hat, daß Ausstrahlungen seiner Persönlichkeit nicht ohne seine Einwilligung festgehalten werden". Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze auch im Strafverfahren vor einer mißbräuchlichen Verwendung von Tonträgern, insbesondere vor heimlichen Tonaufnahmen¹²⁷⁾.

Eb. Schmidt vertrat zunächst die Meinung, daß es zu weit gehe, eine Entscheidung über die Zulässigkeit heimlicher Tonaufnahmen im Strafverfahren an Hand der Art. 1, 2 GG zu treffen. Die Grenze zwischen dem in einem Strafverfahren Zulässigen und Unzulässigen werde konkret durch § 136a StPO gezogen, der solche Aufnahmen verbiete¹²⁸⁾. Nunmehr folgt aber auch Eb. Schmidt der - nach seiner Ansicht überwiegenden - Meinung, daß die heimliche Tonaufnahme eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstelle. Aus diesem Grunde sei die heimliche Aufzeichnung einer Aussage durch die Behörden im Rahmen der Hauptverhandlung - und somit wohl erst recht bei Vernehmungen durch Polizei oder Staatsanwaltschaft - unzulässig¹²⁹⁾.

Nach Scupin¹³⁰⁾ verstößt die heimliche Tonaufnahme einer polizeilichen Vernehmung gegen das Verbot des § 136a StPO, wie sie auch das durch Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG garantierte allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt. Auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren seien Tonaufnahmen nur mit Zustimmung des zu Vernehmenden zulässig.

126) UFITA Bd. 30, S. 12; ders., in: Bettermann-Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV, S. 841

127) UFITA Bd. 30, S. 13; ders., in: Bettermann-Nipperdey, Grundrechte, Bd. IV, S. 842

128) Gedächtnisschrift, S. 640

129) JZ 1964, 358

130) DÖV 1957, 552

Werhahn¹³¹⁾ geht davon aus, daß jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts Ausfluß der Persönlichkeit des Sprechers sei. "Schutzobjekt ist nicht der Inhalt des Gesprochenen, sondern das geäußerte Wort selbst."¹³²⁾ Demnach wäre auch die heimliche Tonaufnahme einer Vernehmung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, "weil jedermann ein Recht darauf hat, daß die Ausstrahlungen seiner Persönlichkeit nicht ohne seine Einwilligung festgehalten werden"¹³³⁾.

Wintrich¹³⁴⁾ zieht zur Beurteilung von heimlichen Tonaufnahmen durch Behörden neben den Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG auch Art. 10 GG heran, der seinem unmittelbaren Wortlaut nach nur das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis schützt. Demnach sind im polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren Tonbandaufnahmen wegen des in Art. 1, 2 GG garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur mit Zustimmung des zu Vernehmenden zulässig. Aus dem Grundgedanken des Art. 10 GG müsse aber weiter die Forderung abgeleitet werden, daß Tonbandaufnahmen ohne Wissen des Sprechenden nur dann erlaubt seien, wenn hierzu eine ausdrückliche formell-gesetzliche Ermächtigung gegeben ist, was z.Zt. nicht der Fall sei.

Auf der Tagung des "Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten" in Weinheim¹³⁵⁾ wurde schließlich die Grundsatzentschließung gefaßt: "heimliche Tonbandaufnahmen, wo immer sie geschehen, sind ein

131) UFITA 33, 205 f

132) a.a.O., S. 208

133) a.a.O., S. 208; vgl. auch S. 224 f

134) BayVBl 1957, 138

135) zit.: Weinheimer Tagung

schwerer Vertrauensbruch. Sie greifen in die von der Rechtsordnung zu schützende Persönlichkeitssphäre ein."¹³⁶⁾

Die juristische Arbeitsgruppe (straßprozessuale Kommission) stellte hierzu die These auf: "Im polizeilichen Ermittlungsverfahren sind Tonbandaufnahmen nur zulässig mit Zustimmung des zu Vernehmenden."¹³⁷⁾

b) Während also all diese Stimmen keinen Unterschied zwischen den Aussagen vor Polizei oder Staatsanwaltschaft und sonstigen - privaten - Gesprächen machen, gehen andere Autoren näher auf das Wesen der Vernehmung im Strafverfahren ein. Trotzdem lehnen auch sie zum Teil die Zulässigkeit heimlicher behördlicher Tonaufnahmen ab.

So hält Hubmann¹³⁸⁾ zwar die Fixierung eines Gesprächs auf Tonband grundsätzlich für eine Persönlichkeitsverletzung, da hierdurch der Aufnehmende eine gewisse Herrschaft über ein Persönlichkeitsgut des Sprechers erhalte. Der Mensch habe ein Recht darauf, "das Gespräch frei, unbefangen und ohne das Gefühl des Mißtrauens und des Argwohns führen zu dürfen"¹³⁹⁾. Die Rechtsordnung müsse dem einzelnen eine "unantastbare Sphäre sichern, innerhalb derer er nach seiner Eigenart und Besonderheit leben kann"¹⁴⁰⁾. Soweit es sich aber um die heimliche Tonaufnahme von Vernehmungen durch Polizei oder Staatsanwaltschaft handle, folge

136) a.a.O., S. 98

137) a.a.O., S. 99

138) JZ 1957, 525; Persönlichkeitsrecht, S. 312

139) Persönlichkeitsrecht, S. 309

140) a.a.O., S. 269

die Unzulässigkeit der Fixierung erst aus dem "zusätzlichen Moment der Täuschung und Überraschung"¹⁴¹⁾. Wenn Hubmann¹⁴²⁾ auch zum Zwecke der Strafverfolgung die Verwertung einer heimlichen Tonaufnahme unter bestimmten Umständen zulassen will, so bezieht er sich hierbei auf private Aufnahmen, macht aber keine Aussage zur Zulässigkeit behördlicher Aufzeichnungen¹⁴³⁾.

Rudolf Schmitt¹⁴⁴⁾ vertritt die Meinung, daß heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen als "immer rechtswidrig und stets unverwertbar" anzusehen seien¹⁴⁵⁾. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 6. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs¹⁴⁶⁾, wo das Gericht das private Interesse an einer Beweismittelbeschaffung allein nicht als Rechtfertigungsgrund für eine heimliche Tonaufnahme gelten ließ und zu behördlichen Aufnahmen, insbesondere bei Vernehmungen, ausdrücklich keine Stellung nahm¹⁴⁷⁾, führt R. Schmitt aus: "Es läßt sich kein Grund dafür finden, den Strafverfolgungsorganen bei ihren Vernehmungen etwas zu gestatten, was jedem anderen verboten ist und künftig sogar bei Strafe verboten sein wird."¹⁴⁸⁾

Auch Siegert hält die heimliche Tonaufnahme von Vernehmungen wegen des Verstoßes gegen das in Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG garantierte allgemeine Persönlichkeits-

141) JZ 1957, 527

142) Persönlichkeitsrecht, S. 331

143) vgl. BGHZ 27, 284 f

144) JUS 1967, 19 f

145) a.a.O., S. 21

146) BGHZ 27, 284

147) a.a.O., S. 289

148) JUS 1967, 21, Anm.: Inzwischen wurde bekanntlich die Strafbestimmung des § 201 StGB geschaffen.

recht für unzulässig¹⁴⁹⁾. Denn die heimliche Schallaufnahme in der Gefängniszelle wie im Vernehmungsraum stelle einen schweren Eingriff in die Menschenwürde und in die Freiheit der Privatsphäre dar¹⁵⁰⁾. Bei einer allgemeinen Verwendung von Tonbändern im Vernehmungsraum würden die Beschuldigten von der "unerträglichen Furcht" befallen, daß sie überall mit einer heimlichen Aufnahme zu rechnen hätten¹⁵¹⁾. Wenn Sendler¹⁵²⁾ dazu meine, dies sei nicht anzunehmen bei Tonaufnahmen während einer Vernehmung und während Vernehmungspausen, so hält dem Siegert entgegen, daß es nicht die einzelne heimliche Tonbandaufnahme sei, die Furcht erwecke und die Menschenwürde verletze, da von ihr der Aussagende ja nichts wisse.

"Das ist vielmehr die allgemeine Furcht und Unsicherheit, die durch das System der heimlichen Tonbandaufnahmen erzeugt wird. Das System ist das Verwerfliche."¹⁵³⁾

Jede heimliche Tonaufnahme durch Beamte der Polizeibehörde sei somit verfassungswidrig¹⁵⁴⁾.

c) Ebenso leidenschaftlich, wie von den soeben genannten Autoren gegen die Zulässigkeit der heimlichen Tonaufnahme von polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen argumentiert wird, wird von einer Vielzahl von Stimmen für die Rechtmäßigkeit solcher Aufzeichnungen eingetreten:

149) Mißbrauch, S. 65; DRiZ 1957, 102

150) Mißbrauch, S. 65

151) DRiZ 1957, 103

152) Diss., S. 26/27

153) DRiZ 1957, 103

154) a.a.O.

So ist Bohne¹⁵⁵⁾ der Ansicht, daß heimliche Tonaufnahmen zwar an sich einen Einbruch in die Geheimsphäre des Sprechers darstellen, durch den die Würde des Menschen "in besonders empörender Weise" berührt werde. Anders sei es aber, wenn die Tonaufnahmen "während einer regulären Vernehmung" erfolgten.

Freund¹⁵⁶⁾ hält Tonaufnahmen ohne Wissen des Sprechers dann für unzulässig, wenn sie verwendet werden, um dadurch "den Menschen in einem unbewachten Augenblick aufzulauern und jedes ärgerliche, zornige, unwillige und unbedachte Wort einzufangen". Wo der Mensch aber "nicht unbedacht zu reden" habe, wie vor Gericht oder auf der Polizei, da könne sein Wort durchaus aufgenommen werden. Es müsse ihm nur ein Bereich gelassen werden, "wo er nicht bedacht, nicht gescheit, nicht wie ein Heiliger und nicht wie ein Orakel zu sprechen" brauche¹⁵⁷⁾.

Hahn¹⁵⁸⁾ geht bei der Beurteilung der heimlichen Tonaufnahme von Vernehmungen von der "Dreisphärentheorie" von Hubmann¹⁵⁹⁾ aus, wonach die Individualsphäre, die Privatsphäre und die Geheimsphäre des Menschen vor dem Eindringen Unbefugter zu schützen seien. Das Verhör im Vernehmungsraum spiele sich dabei in der Privatsphäre ab. Das bedeute, daß die Worte des Vernommenen nur innerhalb des Personenkreises bleiben müßten, an den sie

155) Naturrecht, S. 29

156) Weinheimer Tagung, S. 28

157) a.a.O.

158) Diss., S. 132

159) Persönlichkeitsrecht, S. 269 f; vgl. auch BVerfGE 32, 373 (378); 33, 367 (376); 34, 238 (245)

gerichtet sind. Die über die bloße Kenntnismahme hinausgehende Fixierung auf Tonträger sei dennoch erlaubt, da der Aussagende kein rechtlich geschütztes Interesse daran habe, daß seine Aussage nicht zusätzlich zum ohnehin vorgeschriebenen Schriftprotokoll durch ein Tonaufnahmegerät festgehalten werde¹⁶⁰⁾. Denn indem durch die Abgrenzung der bloßen Kenntnismahme von der Aufnahme eines Gesprächs erreicht werden solle, daß der Mensch sich auch in der Privatsphäre "frei und unbefangen" bewegen dürfe, gelte dies nicht für heimliche Tonaufnahmen von polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Verhören, da hier der Aussagende nicht unbedacht zu reden habe¹⁶¹⁾. Eine heimliche Aufzeichnung des Gesprächs sei allerdings nur dann geboten, wenn ein Geständniswiderruf oder die Behauptung unzulässiger Vernehmungsmethoden zu befürchten seien oder die Aufnahme von Lügen des Aussagenden zu dessen Verstrickung führen solle¹⁶²⁾.

Auch Höfler¹⁶³⁾ unterscheidet zwischen verbotenen heimlichen Tonaufnahmen von Privatgesprächen und der erlaubten Fixierung von Vernehmungen. Denn bei einer Vernehmung wisse der Beschuldigte (wie auch ein Zeuge) von vornherein, daß seine Aussagen von der Polizei festgehalten werden. Es dürfe daher gleichgültig sein, ob dies nun schriftlich oder mündlich erfolge. Es liege somit im Interesse des allgemeinen Rechts, wenn hierzu technische Hilfsmittel zugunsten der Genauigkeit verwendet würden.

160) Diss., S. 134

161) a.a.O., S. 133

162) a.a.O., S. 139

163) Kriminalistik 1954, 236

Ebenso vertritt Kleinknecht¹⁶⁴⁾ die Auffassung, daß heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen keinen unzulässigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten darstellen, soweit sie durch das strafprozessuale Aufklärungsinteresse gedeckt sind¹⁶⁵⁾.

"Dafür spricht vor allem, daß die Äußerungen des Vernehmenen, soweit sie von Bedeutung für die Sache sind, auch nach seiner eigenen Vorstellung dazu bestimmt sind, von der Verhörsperson vollständig zur Kenntnis genommen und festgehalten zu werden, wenngleich die endgültige Formulierung während des Vernehmungsgesprächs zunächst noch bis zur Herstellung der Vernehmungsniederschrift zurückgestellt sein mag."¹⁶⁶⁾

Kohlhaas vertrat zunächst die Meinung, heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen seien auch ohne Wissen des Aussagenden verwertbar, wenn dieser nicht getäuscht werde. "Wer vernommen wird, weiß, daß man etwas von ihm wissen will."¹⁶⁷⁾ Später schränkte Kohlhaas diese Aussage so ein: "Die Frage, ob man ein Tonband (von einer Vernehmung) aufnehmen dürfe, von dem der Betroffene nichts wisse, wobei ihm aber auch nichts vorgetäuscht werde, ist zur Zeit wohl noch, bis das Band sich durchgesetzt hat, dahin zu beantworten, daß auch dies unzulässig sei."¹⁶⁸⁾

Inzwischen scheint aber auch nach der Meinung von Kohlhaas die Zeit reif für die Zulassung der heimlichen Tonaufnahme im Strafverfahren zu sein. "Während jede heimliche Aufnahme, somit auch eine behördliche,

164) NJW 1966, 1541; StPO, § 163 Anm. 8 E a I

165) §§ 160, 163 StPO

166) NJW 1966, 1541

167) DRiZ 1955, 82

168) NJW 1957, 84

schlechthin unzulässig ist, muß bei einer entlichen Vernehmung unterstellt werden, daß der Vernehmene mit einer Tonbandaufnahme rechnen muß oder kann, so daß auch die nicht bekanntgegebene Tonbandaufnahme bei einer entlichen Vernehmung als nicht mehr 'heimlich' und sonach als zulässig angesehen werden darf.¹⁶⁹⁾

Lang¹⁷⁰⁾ geht bei seinen Ausführungen davon aus, daß die Feststellung, jede heimliche Tonbandaufnahme verletze das Persönlichkeitsrecht, zu allgemein gehalten sei, als daß sie zu überzeugen vermöge.

Das polizeiliche Ermittlungsverfahren sei in die Privatsphäre des Ausgesagten einzudringen, da der einzelne vorgeladen werde, um auszusagen¹⁷¹⁾. Wenn sich in diesem Falle der Beschuldigte dem Beirater nicht anvertraue, sondern nach seinen Willen gegen Beweise zu seiner Führung gesammelt wurden¹⁷²⁾, so verletze das allgemeine Persönlichkeitsrecht zwar vor Verbreitung des in der Privatsphäre Gesagten¹⁷³⁾, nicht aber vor einer heimlichen Wiedergabe der Vernehmung, solange die Aussage nur innerhalb der Strafverfolgungsbehörden verwendet wurde¹⁷⁴⁾. Eine heimliche Tonbandaufnahme von polizeilichen Vernehmungen sei infolgedessen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden¹⁷⁵⁾.

Lienhard¹⁷⁶⁾ widerspricht Lang, soweit dieser behauptet, daß die Privatsphäre grundsätzlich nicht vor heimlichen Tonaufnahmen geschützt sei. Die Privatsphäre sei

169) Jur.-Jahrb., Bd. 4, S. 65

170) Ton- und Bildträger

171) a.a.O., S. 19

172) a.a.O., S. 7

173) a.a.O., S. 7

174) a.a.O., S. 11

175) a.a.O., S. 7

176) a.a.O., S. 78, 79

177) a.a.O., S. 77

faßt das tägliche Leben, wie es sich im Kreise des Berufs, der Freundschaft und der Bekanntschaft, aber auch in der Öffentlichkeit abspielt. Sie ist typisch durch die öffentliche Neugierde gefährdet und muß daher insbesondere vor der Öffentlichkeit bewahrt werden."¹⁷⁸⁾ Dennoch kommt auch Liermann zur Zulässigkeit heimlicher Aufnahmen von Vernehmungen. Denn der zur Aussage bereite Betroffene wisse, daß der vernehmende Beamte jedes seiner Worte registriere. Wenn aber "der zu Vernehmende in Kenntnis der Bedeutung seines Verhaltens dem Ermittlungsbeamten gegenüber aussagt, so gibt er sein 'Geheimnis' preis, er tritt gleichsam aus der Sphäre, die das Persönlichkeitsrecht schützt, heraus und teilt sich insoweit der Allgemeinheit mit"¹⁷⁹⁾. Wenn daher der zur Aussage bereite Beschuldigte oder Zeuge seine Tatsachenkenntnis offenbare, "so ist die heimliche Aufnahme seiner Erklärung auf Tonträger schon tatbestandlich keine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts, weil er sich dieses Rechtsschutzes begeben hat"¹⁸⁰⁾.

Auch Meinert¹⁸¹⁾ geht davon aus, daß der Beschuldigte wie auch der Zeuge bei einer förmlichen Vernehmung wisse, daß der Beamte jedes Wort, das gesagt wird und das ihm beweiswichtig erscheint, in dem Verfahren verwerten könne. Ob die betreffende Äußerung nun ins Protokoll hineingenommen werde, oder ob sie der Beamte im Gedächtnis behalte und hinterher als Zeuge im Gerichtssaal bekunde, oder ob sie schließlich heimlich auf Tonband aufgenommen werde, spiele hierbei keine Rolle.

178) a.a.O., S. 51

179) a.a.O., S. 51

180) a.a.O., S. 52

181) Vernehmungstechnik, S. 246

"In jedem Fall weiß der Beschuldigte, daß er sich hier verantworten soll."¹⁸²⁾ Daraus folge, daß der Vernehmungsbeamte die Aussage auch ohne Wissen des Sprechers auf Tonband fixieren dürfe.

Karl Peters¹⁸³⁾ bringt in seiner Stellungnahme zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.6.1960¹⁸⁴⁾ Argumente vor, die, obwohl es sich dort um das Gespräch eines Anwalts mit der Freundin einer Angeklagten handelt, dennoch auch auf eine amtliche Vernehmung Anwendung finden. So verneint K. Peters¹⁸⁵⁾ eine Verletzung der Menschenwürde, wenn die heimliche Tonaufnahme von einem Gespräch angefertigt werde, das nicht inhaltlich die menschliche oder zwischenmenschliche Intimsphäre betreffe. Indem es jedem Gesprächspartner freigestanden habe, nach der Unterhaltung eine möglichst genaue Niederschrift über den Inhalt anzufertigen, bestehe "kein sittliches oder typisch menschliches Hindernis", dem Gespräch Beständigkeit zu verleihen¹⁸⁶⁾. Ebenso wenig liege ein Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit vor, da die geheime Aufnahme des Gesprächs die Art und Weise des Verhaltens und den Inhalt der Äußerungen nicht betreffe. K. Peters läßt aber ausdrücklich offen, ob ein derartiges Verhalten, nämlich die heimliche Aufnahme eines Gesprächs, nicht generell geeignet sei, das Vertrauen unter den Menschen zu untergraben, da es bei der von ihm besprochenen Entscheidung nicht darauf ankam.

182) a.a.O., S. 246

183) Beweisverbote, S. 91 f

184) BGHSt 14, 358

185) Beweisverbote, S. 152

186) Fehlerquellen II, § 49 IV 1

Roggemann¹⁸⁷⁾ zieht zwar aus Art. 2 Abs. 1 GG sehr weitgehende Konsequenzen: "Nicht erst die heimliche, sondern bereits die offene Stimmfixierung als solche ist Verfügung über einen fremden Persönlichkeitsbestandteil und daher tatbestandlich eine Persönlichkeitsbeeinträchtigung."¹⁸⁸⁾ Dies gelte für private Tonaufnahmen ebenso wie für amtliche¹⁸⁹⁾. Doch hält Roggemann in rechtsfortbildender Auslegung anderer Eingriffsnormen eine an sich unzulässige Tonaufnahme von staatlicher Seite für gerechtfertigt, wenn sie zur Verfolgung schwerer Verbrechen gegen die Menschenwürde notwendig sei¹⁹⁰⁾.

Sarstedt¹⁹¹⁾ stellt im Rahmen der Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages folgende These auf: "Gespräche, die nicht ihrer Natur nach vertraulich sind und auch von keinem Beteiligten als vertraulich bezeichnet werden, können von Beteiligten auf Tonband festgehalten und durch das Tonband bewiesen werden."

Diese Vertraulichkeit sei keinesfalls im Rahmen einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung gegeben. Denn "wer - für ihn erkennbar - in einem Strafverfahren vernommen wird, ist vernünftiger- und normalerweise auf der Hut"¹⁹²⁾. Der Vernommene wisse um die Bedeutung seiner Aussage, von einer "vertraulichen Behandlung" könne keine Rede sein.

187) JR 1966, 48; Tonband, S. 94

188) JR 1966, 48

189) Tonband, S. 94

190) Tonband, S. 122, 125

191) Beweisverbote (Sitzungsberichte), S. 71

192) ders., in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 136a Anm. 4

die von ihm innerhalb der Vertraulichkeitssphäre gesprochenen Worte durch heimlich angebrachte Schall- aufnahme- oder Abhörgeräte festgelegt werden dürfe." ¹⁹⁸⁾ Demzufolge ergabe sich aus Art. 2 Abs. 1 GG lediglich "die Rechtswidrigkeit der Verwendung und Wiedergabe des im persönlichen Lebensbereich gesprochenen Wortes ohne Einwilligung des Sprechers" ¹⁹⁹⁾. Da zu diesem "persönlichen Lebensbereich" keinesfalls "verantwortliche Vernehmungen vor staatlichen Organen" gehörten, wenn nicht ausnahmsweise Vertraulichkeit zugesichert werde ²⁰⁰⁾, kann auch nach den Ausführungen von Schwalm die heimliche Tonaufnahme einer amtlichen Vernehmung nicht als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Aussagenden angesehen werden ²⁰¹⁾.

2. Keine unmittelbare Aussage durch die Gerichte

Während es also im Schrifttum sehr umstritten ist, ob durch die heimliche heimliche Tonaufnahme von einer amtlichen Vernehmung das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Aussagenden verletzt wird, ist diese Frage in der Rechtsprechung bisher unbeantwortet geblieben.

a) Zwar hielt der 1. Senat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 12.3.1955 ²⁰²⁾ die Verwertung eines ohne Wissen des Angelegten aufgenommenen Geständnisses vor der Kriminalpolizei in der Hauptverhandlung für zulässig, doch bedeutet dies keine Aussage zur Recht-

198) a.a.O., S. 154

199) a.a.O., S. 154

200) a.a.O., S. 157

201) vgl. auch ders., Festschr. f. Küchenhoff, S. 706, Fußnote 73

202) JZ 1956, 227

mäßigkeit der heimlichen Aufzeichnung selbst, da sich alle Beteiligten mit dem Abspielen des Bandes in der Hauptverhandlung einverstanden erklärt hatten. Denn auch wenn die Aufnahme in unzulässiger Weise angefertigt worden wäre, so hätte die Aufnahme wegen der Zustimmung des Betroffenen verwertet werden können, da der durch die heimliche Tonaufnahme möglicherweise Verletzte jederzeit auf die Achtung der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Rechte verzichten kann²⁰³⁾.

b) In der Entscheidung vom 1.12.1955²⁰⁴⁾ hält es der 4. Senat für zulässig, in der Hauptverhandlung eine Tonaufnahme abzuspielen, die heimlich von einem Gespräch angefertigt wurde, das nach Abschluß der im Protokoll festgelegten polizeilichen Vernehmung über den Gegenstand der Verhandlung "in aufgelockerter Weise" zwischen dem Vernehmungsbeamten und der Vernommenen stattgefunden hatte. Da diese Verwertung der Tonaufnahme offenbar ohne Zustimmung der Angeklagten erfolgte, wäre dem eigentlich zu entnehmen, daß der 4. Senat in diesem Falle eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Vernehmungsperson verneinte²⁰⁵⁾.

c) Zu dem gleichen Ergebnis müßte man wohl auch kommen, wenn man die Entscheidung des 3. Senats vom 12.1.1956²⁰⁶⁾ betrachtet: Dort hielt es dieser Strafsenat für zulässig, daß einem als Zeuge aussagenden

203) BGHSt 14, 339 (341); 19, 193 (194); vgl. auch: Löwe-Rosenberg, StPO, § 244 V 4; Sax in: Müller-Sax, StPO, vor § 48 Anm. 2 b I (7) b

204) JZ 1956, 227

205) vgl. Siegert, DRiZ 1957, 101, 102

206) bei Dallinger MDR 1956, 527

Zollbeamten eine Tonbandaufnahme im Rahmen des Vorhalts vorgespielt wurde, die dieser heimlich von einer Vernehmung angefertigt hatte.

d) Diese Aussagen des 4. und 3. Senats werden allerdings dadurch entkräftet, daß der 1. Senat in seiner Entscheidung vom 14.6.1960²⁰⁷⁾ es ausdrücklich dahingestellt sein läßt, ob er diesen Entscheidungen (wie auch dem oben besprochenen Urteil des 1. Senats vom 12.3.1954) noch beipflichten könne²⁰⁸⁾.

e) Die weitere Entscheidung des 1. Senats vom 14.6.1960²⁰⁹⁾ gibt keine Anhaltspunkte für die Beurteilung der Zulässigkeit einer heimlichen Tonaufnahme von Vernehmungen, da es sich hier um eine Aufnahme mit Einverständnis des Angeklagten handelte.

f) Das bereits oben angesprochene Urteil des 1. Senats vom gleichen Tage²¹⁰⁾ kann auch nicht unmittelbar zu dieser Frage Stellung nehmen, da es sich hierbei um die Verwertung privat und ohne die Zustimmung des Sprechers aufgenommener Tonbänder handelt. Zwar macht der 1. Senat in diesem Zusammenhang wertvolle Ausführungen zum Umfang des Rechts am gesprochenen Wort, die auch bei behördlichen Tonaufnahmen Gültigkeit haben müssen²¹¹⁾, doch kann dies erst bei einer abschließenden Beantwortung der Frage als Hilfe dienen.

207) BGHSt 14, 358

208) a.a.O., S. 366

209) BGHSt 14, 339

210) BGHSt 14, 358

211) a.a.O., S. 359, 360, 364, 365

g) Die Entscheidung des 1. Senats vom 4.2.1964²¹²⁾ befaßt sich mit offenen Tonaufnahmen in der Hauptverhandlung. Die Gefahr, daß bei fehlender Zustimmung Angeklagte, Zeugen oder Sachverständige durch das mitlaufende Band "psychologisch beeinflusst und dadurch die Wahrheitsermittlung gefährdet" werden könnten²¹³⁾, liegt aber logischerweise bei einer heimlichen Tonaufnahme nicht vor, da ja hier die Aussageperson von der Aufzeichnung der Vernehmung nichts weiß.

h) In seiner Entscheidung vom 21.2.1964²¹⁴⁾ hatte sich der 4. Senat zwar an sich mit der Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen zu befassen, er führt aber bei der Darlegung des zu schützenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen die Entscheidung des 6. Zivilsenats vom 20.5.1958²¹⁵⁾ an. Obwohl das Zivilgericht dort eine heimliche private Tonaufnahme zu beurteilen hatte, machte es umfangreiche Ausführungen zur Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welche auch in der hier zu besprechenden Frage bedeutsam sind, auch wenn das Gericht ausdrücklich klarstellte, daß es mit seiner Entscheidung nicht zur behördlichen Tonaufnahme, insbesondere bei Vernehmungen im Strafverfahren, Stellung nehmen wollte²¹⁶⁾.

i) Ebenfalls nur zur Entscheidungshilfe dienen können die Entscheidungen des Kammergerichts vom 3.6.1955²¹⁷⁾ und des OLG Düsseldorf vom 23.11.1965²¹⁸⁾, bei denen

212) BGHSt 19, 193

213) a.a.O., S. 195

214) BGHSt 19, 325

215) BGHZ 27, 284

216) a.a.O., 289

217) NJW 1956, 26

218) NJW 1966, 214

auch jeweils die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Sprechers durch heimliche private Tonaufnahmen zu beurteilen war.

So kann zusammenfassend gesagt werden, daß die Obergerichte zwar bereits ausgiebig zum Umfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und zur Unzulässigkeit bzw. Zulässigkeit von heimlichen privaten Tonaufnahmen Stellung genommen haben, daß aber keine Entscheidung vorliegt, die in noch verbindlicher Form eine Aussage zur heimlichen Tonaufnahme von Vernehmungen enthält.

3. Umfang des durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Bereichs

a) Man würde es sich zu leicht machen, wollte man die Frage nach der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch heimliche Tonaufnahmen von Vernehmungen damit beantworten, daß allgemein jede heimliche Tonaufnahme das Persönlichkeitsrecht des Sprechers verletze und deshalb auch die so erfolgte Aufzeichnung einer Vernehmung unzulässig sei²¹⁹⁾. Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist kein undefinierbarer, nebuloser Mantel, mit dem sich jede Fallage zudecken läßt. Es gilt vielmehr, diesen Begriff auszuloten und seine Grenzen abzustecken. Hierzu ist erforderlich, näher auf den Schutzbereich dieses Rechts einzugehen²²⁰⁾.

219) vgl. Lang, Ton- und Bildträger, S. 19

220) vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 156, 157

Wertvolle Erläuterungen zum Umfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind den Arbeiten von Hubmann²²¹⁾ zu verdanken. Demnach wird - wie bereits ausgeführt - die Individualität des Menschen, die den Eigenwert der Persönlichkeit schützt²²²⁾, durch drei Schutzkreise abgesichert: die Individualsphäre, die den Menschen in seiner Einmaligkeit und Eigenart schützt, die Privatsphäre, die das Leben im privaten Bereich vor der Kenntnissnahme durch weitere Kreise, insbesondere durch die Öffentlichkeit bewahrt, und schließlich die Geheimsphäre, in der die Kenntnissnahme Unbefugter von intimen und geheimhaltungsbedürftigen Handlungen, Äußerungen und Gedanken sowie die gegen den Willen des Geheimhaltenden verstoßende Fixierung durch ins Vertrauen Gezogene verhindert werden soll²²³⁾.

b) Sollte durch die heimliche Tonaufnahme einer amtlichen Vernehmung - soweit sie den Inhalt des Gesprochenen festhält - die Individualität des Sprechers betroffen werden, so ist festzustellen, in welchen dieser drei Schutzkreise eingegriffen wird.

Unberührt von der heimlichen Tonaufnahme einer Vernehmung bleibt die Individualsphäre des Aussagenden. Denn dieser Schutzbereich soll das Eigenleben des Menschen

221) z.B. "Das Persönlichkeitsrecht"

222) a.a.O., S. 268

223) a.a.O., S. 269, 270, 322, 328, 329; ebenso: Hahn, Diss., S. 132; Soergel-Siebert, BGB I, § 12, Rdn. 34, 37; Süß, Festschrift, S. 197; ähnlich: Faller, Staatslexikon, Sp. 214; v. Gamm, Persönlichkeits- u. Ehrverletzungen, S. 39, 40; Palandt-Thomas, BGB, § 823 Anm. 15 B; Schwalm, Niederschriften, S. 152; ders., Festschr. f. Küchenhoff, S. 687; Siegert, DRiZ 1957, 101, 102; ders., NJW 1963, 1955; Tiedemann/Sass, Delinquenzprophylaxe, S. 58 f

in der Welt und seine Eigenart in der Öffentlichkeit wahren²²⁴⁾. So soll verhindert werden, daß "eine Person, die sich als Teil der Masse betrachtet und darin untergeht, unfreiwillig in ihrer Individualität dargestellt" wird²²⁵⁾. Da aber durch eine heimliche Tonaufnahme lediglich die Aussage für Justizzwecke festgehalten wird, der einzelne aber nicht als Teil der Masse unfreiwillig "an die Öffentlichkeit gezerrt" wird²²⁶⁾, führt die heimliche Fixierung in dieser Beziehung zu keiner Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Ebensowenig stellt die heimliche Tonaufnahme einer Vernehmung ein Eindringen in die Geheimsphäre des Sprechers dar. Zum einen wird der Vernommene durch die "Kenntnisnahme" von der Aussage²²⁷⁾ nicht betroffen, da er ja bewußt seine Aussage gegenüber dem Beamten als Vertreter der Strafverfolgungsbehörde macht. Hier drängt sich nicht, wie z.B. bei der heimlichen Tonaufnahme von Gesprächen Strafgefangener in den Zellen, der das Gerät bedienende Beamte als unbeteiligter Dritter in ein fremdes Geheimnis, sondern hier wird lediglich das festgehalten, was dem Vernehmungsbeamten als Gesprächspartner zu Ohren kommt²²⁸⁾.

Dies gilt unabhängig davon, was Gegenstand des Vernehmungsgesprächs ist. Denn auch wenn die Aussage des Vernommenen intimste Vorgänge beinhaltet, so gilt

224) vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 270; Siegert, NJW 1963, 1955

225) Siegert, NJW 1963, 1955

226) vgl. Hahn, Diss., S. 132

227) vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 328

228) vgl. Böhne, Naturrecht, S. 29; Lang, Ton- und Bildträger, S. 77; Kohlhaas, DRiZ 1955, 82

logischerweise der Schutz des Geheimhaltungsinteresses²²⁹⁾ nicht gegenüber demjenigen, dem das "Geheimnis" bewußt offenbart wird²³⁰⁾. Aber auch die Fixierung des so "Preisgegebenen" verletzt nicht die Geheimsphäre des Aussagenden. Denn da der Vernommene weiß, daß seine Aussage von dem Vernehmungsbeamten festgehalten und evtl. auch gegen ihn verwendet werden wird²³¹⁾, gehört seine Offenbarung, auch wenn sie intime Vorgänge enthält und er mit einer Fixierung nicht einverstanden sein sollte, nicht mehr der "Geheimsphäre" an. Denn der Beamte ist in diesem Falle als Vertreter der Strafverfolgungsbehörden kein "Vertrauter", von dem die uneingeschränkte Wahrung des "Geheimnisses" erwartet werden könnte²³²⁾.

Die Aussage vor Beamten der Strafverfolgungsorgane ist vielmehr dem - weiter als die Geheimsphäre zu fassenden - Bereich des Privatlebens, also der Privatsphäre²³³⁾ zuzurechnen. Denn wenn auch ein solches Gespräch nicht in die Geheimsphäre fällt, da der Aussagende von der Verwertungsmöglichkeit der Strafverfolgungsbehörde weiß und der Beamte als Gesprächspartner kein "Vertrauter" ist, so besteht doch ein dringendes Bedürfnis, den Inhalt der Aussage vor der Kenntnisaufnahme weiterer Kreise oder gar der Öffentlichkeit zu schützen. Denn obwohl das Vernehmungsge-

229) vgl. Siegert, NJW 1963, 1955

230) Hahn, Diss., S. 132; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 329

231) vgl. Hahn, Diss., S. 132; Kleinknecht, NJW 1966, 1541; Lang, Ton- und Bildträger, S. 74; Liermann, Diss., S. 51

232) vgl. Lang, Ton- und Bildträger, S. 74

233) vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 370, 320 f

sprach, wie bereits Lang²³⁴⁾ deutlich gemacht hat, kein "trautes Gespräch unter Freunden", sondern "ein Kampf" ist, in dem der Vernehmende mit allen legalen Mitteln versuchen wird, Beweise für das Verfahren zu sammeln²³⁵⁾, würde doch die Individualität des Aussagenden empfindlich betroffen, wenn seine Worte ohne weiteres weiterverbreitet werden könnten²³⁶⁾.

Allerdings bedeutet auch dieses Verbot der Weiterverbreitung nun nicht, daß es dem Beamten, der die Vernehmung durchgeführt hat, verwehrt wäre, den Inhalt des Gesprächs an die zuständigen Stellen von Polizei, Staatsanwaltschaft oder Gericht weiterzuleiten. Denn wenn auch der Vernommene seine Aussage unmittelbar nur gegenüber dem Vernehmungsbeamten macht, so ist er sich doch darüber im klaren, daß seine Worte nicht nur an die ihm gegenüberstehende Person, sondern allgemein an die Strafverfolgungsorgane gerichtet sind²³⁷⁾. Da der Schutz der Privatsphäre des Vernommenen somit lediglich verbietet, daß der Inhalt der Aussage an "Außenstehende" weiterverbreitet oder gar veröffentlicht wird, besteht kein Hindernis, daß die zuständigen Stellen der Strafverfolgungsorgane durch eine Tonaufnahme davon Kenntnis nehmen²³⁸⁾.

c) Nun ist allerdings zu den bisherigen Überlegungen festzustellen, daß sie sich nur auf den Inhalt des Gesprochenen, also auf den Schutz vor Indiskretion be-

234) Ton- und Bildträger, S. 74

235) vgl. Hahn, Diss., S. 132

236) so auch Siegert, NJW 1963, 1955

237) Hahn, Diss., S. 132

238) ebenso Hahn, Diss., S. 132; Lang, Ton- und Bildträger, S. 76; Liermann, Diss., S. 51

zogen²³⁹⁾. Bei einer Fixierung der Worte auf Tonträger muß jedoch ein weiterer Gesichtspunkt Berücksichtigung finden.

Denn eine Tonaufnahme hält nicht nur den Inhalt des Gesprochenen fest, auf ihr ist auch deutlich zu hören, wie ein Gespräch geführt bzw. eine Aussage gemacht wurde. So deutet bereits der Klang der Stimme auf die Person des Sprechers hin und stellt einen Teil der Persönlichkeit dar²⁴⁰⁾. Wenn hierbei Lang²⁴¹⁾ und Roeber²⁴²⁾ die Stimme als Teil des Körpers nicht dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterstellen wollen, so liegt das nur daran, daß sie die "Stimme" dem "Sprachvermögen" gleichsetzen. Richtiger dürfte es aber sein, die Stimme als Teil der Ausstrahlung der Persönlichkeit anzusehen, da durch sie - ähnlich wie durch die Handschrift bei Schriftstücken - die Beziehung vom Wort zur Person des Sprechers hergestellt wird²⁴³⁾.

Ebenso wird durch die Tonaufnahme von einem Gespräch - über den Inhalt der Worte hinaus - die Art des Sprechens festgehalten²⁴⁴⁾. Nicht nur die Ausdrucksweise des Sprechers, sondern jedes Zögern, Stottern, ein spontaner Gefühlsausbruch, wie betroffenes Schweigen²⁴⁵⁾,

239) vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 311; Roggemann, Tonband, S. 94; Werhahn, UFITA 33, 208

240) Henkel, JZ 1957, 151; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 311; ders., JZ 1957, 525; Lang-Hinrichsen, Die Polizei 1970, 88; Neumann-Duesberg, BB 1957, 865

241) Ton- und Bildträger, S. 16

242) Festschrift, S. 146

243) vgl. BGHSt 14, 358 (359); BGHZ 27, 284 (288)

244) vgl. KG NJW 1956, 26, 27; Henkel, JZ 1957, 151; Siegert, DRiZ 1957, 102

245) Natürlich kann das Schweigen selbst nicht gehört werden, doch kann an Hand der Geräusche im Hintergrund, z.B. Ticken einer Uhr, Atmen der Personen, festgestellt werden, daß das Band noch läuft, ohne daß einer der Partner spricht; vgl. Martin, Kriminalistik 1967, 511 f

werden unwiderlegbar auf dem Tonträger fixiert. Da diese lautlichen Äußerungen Ausdruck der jedem Menschen eigenen Individualität sind, müssen sie, auch wenn das Gespräch nicht der Geheim- oder Privatsphäre angehören sollte, als Ausfluß der Persönlichkeit des Sprechers dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterstellt werden.

Auch wenn daher die heimliche Tonaufnahme einer Vernehmung die Geheim- und Privatsphäre des Aussagenden nicht verletzt, so ist doch zu prüfen, ob nicht dadurch das Recht am gesprochenen Wort²⁴⁶⁾ betroffen wird.

d) Entscheidend ist hierbei die Frage, wie weit der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort geht.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.6.1960²⁴⁷⁾ stellt hierzu fest:

"Jeder gedanklichen Erklärung teilt sich - bisweilen schon nach ihrem Gehalt (mehr oder weniger), stets aber kennzeichnend durch die Stimme - die Persönlichkeit des Sprechers mit. Demgemäß bestimmt er selbst und allein, wer sein Wort hören darf und ob es aufbe-

246) vgl. BGHSt 14, 358 (360); 19, 325 (327); BGHZ 27, 284 (287); KG NJW 1956, 26; OLG Celle NJW 1965, 1677; OLG Düsseldorf NJW 1966, 214; ebenso: Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 38; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 309 f; Erman-Weitnauer, BGB, Anh. zu § 12 Anm. 8 c (Rdn. 32); Neumann-Duesberg, BB 1957, 865; Nipperdey, UFITA 30 (1960), 12; Reinhardt, JZ 1959, 44, 45; Roeder, Festschrift, S. 147; Roggemann, JR 1966, 48; ders., Tonband, S. 93/94; Sax in: Müller-Sax, StPO, Vorb. § 48 Anm. 2 b I (7) b; Soergel-Siebert, BGB I, § 12, Rdn. 38; Siegert, NJW 1958, 663; Werhahn, UFITA 33 (1961), 208

247) BGHSt 14, 358 (359/360)

wahrt werden oder mit dem Gedächtnis der Hörer löschen soll. Ihm allein ist daher auch die Entscheidung darüber vorbehalten, ob sein Wort und seine Stimme auf ein Tonband oder sonst einen Tonträger aufgenommen und ob sie von diesem wieder abgespielt werden dürfen, wie auch von wem. Denn auf dem Tonband sind Wort und Stimme des Menschen von ihm losgelöst und zu einem Gegenstand verselbständigt. Ein Stück seiner Persönlichkeit erscheint somit als eine - veräußerliche - Sache. Es wäre entwürdigend, dürften sich andere ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen fremder Persönlichkeitswerte bemächtigen und über sie nach ihrem Belieben verfügen."

Der 1. Senat geht also davon aus, daß in einer mündlichen Äußerung - unabhängig vom Inhalt des Gesprochenen - notwendigerweise eine "Ausstrahlung der Persönlichkeit"²⁴⁸⁾ des Sprechers liegt. Infolgedessen müsse das "Wort" als "wesentlicher Bestandteil der Persönlichkeit"²⁴⁹⁾ davor geschützt werden, daß es von Unbefugten ohne den Willen des Sprechers auf Tonträger aufgenommen wird.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang festzustellen, daß auch nach der Meinung des Bundesgerichtshofs nicht in jeder Tonaufnahme einer Erklärung tatbestandsmäßig eine Verletzung des Rechts am gesprochenen Wort liegt. So hat nach der Entscheidung des 4. Senats²⁵⁰⁾ ein auf dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beruhendes Beweis- und Verwertungsverbot nur seine Berechtigung, "soweit es sich um Äußerungen handelt, die ihrem

248) vgl. Werhahn, UFITA 33 (1961), 208

249) vgl. Nipperdey, UFITA 30 (1960), 12

250) BGHSt 19, 325 f

Inhalt nach als Ausfluß der Persönlichkeit des Verfassers in Betracht kommen ... Geschäftliche Aufzeichnungen und solche, die sich lediglich auf Vorgänge äußerer Art beziehen und nicht mit der Persönlichkeits-sphäre verknüpft sind, werden nicht unter ein Beweis- und Verwertungsverbot fallen"²⁵¹⁾.

Ebenso hat bereits der 6. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 20.5.1958²⁵²⁾ festgestellt, daß es auch ohne Zustimmung angefertigte Tonaufnahmen geben könne, bei denen das Persönlichkeitsrecht des Sprechers überhaupt nicht berührt werde: "Soweit sich im geschäftlichen Verkehr die Übung angebahnt hat, telefonische Durchsagen, die Bestellungen, Börsennachrichten usw. enthalten, statt wie früher ins Stenogramm aufzunehmen, nunmehr mittels eines Tonabnehmers festzuhalten, wird der Sprecher durch diese Art der Fixierung seiner Worte kaum je beschwert sein können. Bei der akustischen Objektivierung einfacher Nachrichten oder Durchsagen steht das Moment der Feststellung einer objektiven Gegebenheit derart im Vordergrund, daß der Zusammenhang mit der Persönlichkeit des Sprechers weitgehend als gelöst erscheint. Auch wenn die Stimme des Sprechers bei der Wiedergabe ertönt, wird dieser nicht das Gefühl einer Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsbereichs haben können."²⁵³⁾

Weder der Strafsenat noch der Zivilsenat stellen also die generelle Behauptung auf, daß jede heimliche Tonaufnahme eines Gesprächs das allgemeine Persönlich-

251) a.a.O., S. 331

252) BGHZ 27, 284

253) a.a.O., S. 286, zustimmend OLG Celle NJW 1965, 1678

keitsrecht des Redners verletze. Sie gehen vielmehr beide auf die Natur und die Eigenart des zu schützenden Gutes ein²⁵⁴⁾ und kommen dadurch zu der Feststellung, daß es heimliche Tonaufnahmen gebe, durch die das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Sprechers gar nicht berührt wird, wenn nämlich zwar das gesprochene Wort auf Tonträger aufgenommen wird, aber "die Individualität des Sprechers ... hinter der mechanischen Wiedergabe gesprochener Tatsachen völlig in den Hintergrund tritt"²⁵⁵⁾.

4. Verbieht der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die heimliche Tonaufnahme von Vernehmungen?

Dieselben Überlegungen, die für geschäftliche Unterhaltungen Anwendung fanden, müssen auch angestellt werden, wenn geklärt werden soll, ob durch die heimliche Tonaufnahme einer amtlichen Vernehmung das Recht am gesprochenen Wort des Aussagenden verletzt wird. Auch hier sollte man sich vor voreiligen verallgemeinernden Behauptungen hüten und auf Sinn und Zweck des Schutzes der Persönlichkeit wie auch auf die Eigenart der Vernehmung durch Beamte der Strafverfolgungsbehörden näher eingehen.

254) ebenso Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 157; Reinhardt, JZ 1959, 42; Siebert, NJW 1958, 1374

255) Reinhardt, JZ 1959, 42; ebenso: Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 313; Nipperdey, UFITA 30 (1960), 13; Teuner in: Soergel-Siebert, SGB III, § 523, Rdn. 30; a.M.: Sax in: Müller-Sax, StPO, Vorb. § 48 Anm. 2 b I (7) b, der in solchen Fällen ein stillschweigendes Einverständnis mit der Tonaufnahme annimmt.

a) So hält der 6. Zivilsenat²⁵⁶⁾, dessen Darlegungen zu dieser Frage auch für die späteren Entscheidungen der Strafsenate bestimmend waren²⁵⁷⁾, den Schutz des gesprochenen Wortes aus folgenden Gründen für erforderlich:

"In der Auseinandersetzung mit den Menschen, wie sie im Gespräch stattfindet, kommt immer die besondere Persönlichkeit des Sprechers zum Ausdruck, der ein Recht darauf hat, das Gespräch frei, unbefangen und ohne das Gefühl des Mißtrauens und des Argwohns führen zu dürfen. Die Eigentümlichkeit einer gesprächsweisen Auseinandersetzung besteht gerade darin, daß die einzelnen Gesprächsphasen das Ziel des Gesprächs erst vorbereiten sollen. Gerade das wertvolle Streitgespräch ist oft dadurch gekennzeichnet, daß der eigene Standpunkt des Sprechers auch einmal zu scharf herausgestellt und betont wird und erst nach und nach ein Verständnis der gegenseitigen Standpunkte gewonnen oder gar eine Einigung erzielt wird. Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß Äußerungen gemacht werden, die nur in einer bestimmten Gesprächssituation Bedeutung haben, aber vergänglich und flüchtig gemeint sind und durch spätere Äußerungen überholt und getilgt sein sollen. Ohne Unbefangenheit, die auch einmal ein gewisses Sichgehenlassen erklären kann, und ohne eine der besonderen Lage der Auseinandersetzung angepaßte Improvisation wird ein sinnvolles Gespräch durchweg gar nicht möglich sein."²⁵⁸⁾

256) BGHZ 27, 284

257) vgl. BGHSt 14, 358 (360); 19, 325 (326)

258) a.a.O., S. 287

Wenn demnach die Eigentümlichkeit einer gesprächsweisen Auseinandersetzung darin besteht, daß das Ziel des Gesprächs erst vorbereitet werden soll, so gilt das zwar auch für Vernehmungen, denn auch dort wird das Ergebnis der Unterhaltung, nämlich die Aussage, erst durch ein Wechselspiel von Fragen und Antworten, von Zugeständnissen und Ausflüchten erreicht. Im Gegensatz zu einem sonstigen Gespräch können aber die Äußerungen bei einem Verhör nie "vergänglich und flüchtig gemeint" sein. Denn bei einer Vernehmung ist ja nicht nur das Ergebnis, also die formulierte Aussage, von Bedeutung, ebenso entscheidend ist, wie es zu dieser Aussage kam. So kann jedes Zögern, Stottern, jedes betroffene Schweigen Rückschlüsse auf den Wahrheitsgehalt der Aussage zulassen. Ebenso ist es für denjenigen, der die Aussage zu beurteilen hat, von Wichtigkeit, ob sie von einer Person stammt, die ohne Ausflüchte den ganzen Sachverhalt bereitwillig zugab, oder ob der Vernommene mit allen Mitteln versuchte, seinen Kopf aus der Schlinge zu ziehen, indem er dem Vernehmenden eine Lüge nach der anderen auftischte.

Wenn Dürig²⁵⁹⁾ der Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG das Recht entnimmt, "ins Unreine sprechen zu dürfen", so ist ihm das Argument von Freund²⁶⁰⁾ entgegenzuhalten, daß der Mensch vor Gericht oder bei der Polizei "nicht unbedacht zu reden" habe. Bei einer amtlichen Vernehmung weiß der Aussagende um die Bedeutung jedes seiner Worte, und er hat deshalb seine Erklärungen auch sorgfältig abzuwägen. Denn es handelt sich bei einer solchen Vernehmung eben für alle Gesprächspartner er-

259) in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdn. 38

260) Weinheimer Tagung, S. 28

kennbar nicht um eine Unterredung, bei der man zwanglos, ohne den Willen einer Festlegung, miteinander diskutiert, sondern es ist gerade Sinn eines Verhörs, daß von dem Befragten Äußerungen gemacht und daß diese Äußerungen auch Wort für Wort festgehalten werden²⁶¹⁾.

Die vom 6. Zivilsenat hervorgehobenen Merkmale für ein vor heimlichen Tonaufnahmen zu schützendes Gespräch liegen somit bei amtlichen Vernehmungen nicht vor.

b) Der 4. Senat²⁶²⁾ macht nun geltend, es würde zu einer "wesentlichen Verkümmierung" der Persönlichkeitsentfaltung führen, "wenn ein Partner befürchten müßte, ohne sein Wissen und ohne daß die besondere, unwiederholbare Atmosphäre des Gesprächs noch erhalten bliebe, auf jedes Wort festgelegt zu werden²⁶³⁾". Dies ist richtig, soweit es sich um Gespräche aus dem privaten Bereich handelt. Denn derjenige, dem ein Band vorgespielt wird, kann sich wohl kaum vorstellen, unter welchen Umständen das Gespräch stattgefunden hat.

Anders ist es aber bei amtlichen Vernehmungen. Einerseits ist hier klar, daß es sich um ein Gespräch handelte, bei dem der Sprecher verantwortliche Aussagen machte und nicht nur einfach so daherredete. Zum anderen aber, und das dürfte noch entscheidender sein, ist

261) Hahn, Diss., S. 133; Höfler, Kriminalistik 1954, 236; Kleinknecht, NJW 1966, 1541; Lang, Ton- und Bildträger, S. 74; Liermann, Diss., S. 51; Meinert, Vernehmungstechnik, S. 246; Schulz, Kriminalistik 1958, 6

262) BGHSt 19, 325 f

263) a.a.O., S. 327

dem Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamten, der die Tonaufnahme auszuwerten hat, die Situation, in der sich ein Bürger bei der Vernehmung befindet, bestens bekannt. Er weiß deshalb, daß auch solche Aussagen des öfteren abgeändert, ergänzt oder abgeschwächt werden müssen. Seine Schlußfolgerungen werden sich nicht auf einen, evtl. falsch formulierten Satz, sondern auf das ganze Gespräch stützen. Festzustellen, wo die Wahrheit liegt, ist sowieso Sache des Gerichts²⁶⁴⁾.

c) Bestehen somit keine Bedenken, nicht nur das Ergebnis einer Vernehmung, also die - formulierte - Aussage, sondern das ganze Gespräch festzuhalten, so bleibt doch die Frage, ob durch eine heimliche Tonaufnahme nicht die Unbefangenheit des Menschen verloren gehen könnte.

Diese Gefahr hat der 1. Senat in seiner Entscheidung vom 14.6.1960 bei der Behandlung einer privaten Tonaufnahme nachdrücklich aufgezeigt²⁶⁵⁾:

"Es würde auch den einzelnen in der freien Äußerung seiner Gedanken beengen, an natürlicher Sprechweise hindern, überhaupt in der auf langes, allmähliches Reifen angelegten menschlichen Entwicklung hemmen, und es würde schließlich die Beziehungen der Menschen zueinander vergiften, müßte ein jeder in dem bedrückenden Bewußtsein leben, daß jedes seiner Worte, eine vielleicht unbedachte oder unbeherrschte Äußerung, eingefangen, aufbewahrt und bei gegebener Gelegenheit hervorgeholt werden könnte, um mit ihrem Inhalt, Ausdruck oder Klang gegen ihn zu zeugen..."²⁶⁶⁾

264) vgl. Schulz, Kriminalistik 1958, 3

265) BGHSt 14, 358 (360)

266) ähnlich BGHSt 19, 325 (327)

Nun ist natürlich klar, daß - konkret betrachtet - die einzelne heimliche Tonaufnahme von einer Vernehmung nicht zu dieser allgemeinen Furcht und Unsicherheit führen kann, da sie sich ja auf ein Gespräch bezieht, das gerade zu dem Zweck geführt wird, Beweise zu sammeln und auch für eine evtl. Verwertung festzuhalten. Denn auch dem Vernommenen ist bekannt, daß diese Unterhaltung nicht der Entfaltung der Persönlichkeit, sondern der Beweisbeschaffung im Strafverfahren dienen soll.

Verderblich und mit allen Mitteln zu verhindern wäre es nur, wenn dem Menschen eine "Totalverantwortung für jedes Wort"²⁶⁷⁾ aufgebürdet würde. Nur wenn der Bürger befürchten müßte, daß seine Worte ohne Berücksichtigung des Rahmens, innerhalb dessen sie gesprochen wurden, aufgezeichnet werden, würde "die Unbefangenheit der Äußerung ... abgewürgt" und "der Mensch ständig Zerreißproben unterworfen, die jedes gedeihliche Zusammenleben zerstören"²⁶⁸⁾. Erst die Angst vor solchen Aufnahmen könnte zu einer einschneidenden Behinderung der Persönlichkeitsentwicklung führen.

Allerdings gilt es hierbei zu prüfen, ob nicht dadurch, daß man überhaupt die heimliche Aufzeichnung von Vernehmungen zuläßt, generell das Vertrauen unter den Menschen untergraben wird²⁶⁹⁾. Führt demzufolge nicht bereits das "System der heimlichen Tonbandaufnahme" zu einer "allgemeinen Furcht und Unsicherheit"²⁷⁰⁾?

267) Baldus, Niederschriften, S. 158

268) Baldus, a.a.O., S. 158

269) vgl. Peters, Beweisverbote, S. 152

270) Siegert, DRiZ 1957, 103

Man könnte die Auffassung vertreten, daß der "juristisch nicht vorbelastete" Bürger keinen Unterschied zwischen Vernehmungen und anderen Gesprächen macht, daß er also nicht einsehen wird, wann nun mit einer heimlichen Tonaufnahme gerechnet werden muß und wann diese verboten ist. In einem solchen Fall würde ihn natürlich die Tatsache, daß überhaupt solche Tonaufnahmen möglich sind, in dieselbe Befangenheit und Unsicherheit stürzen, als wenn heimliche Tonaufnahmen ohne Einschränkung zugelassen wären.

Eine solche Einschätzung des Staatsbürgers dürfte allerdings rund 25 Jahre nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes doch zu pessimistisch sein. Denn wenn sich auch ein Nichtjurist unter den Begriffen "allgemeines Persönlichkeitsrecht" oder "Recht am gesprochenen Wort" wohl kaum allzuviel vorstellen wird, so dürfte doch jedem die Unterscheidung einer amtlichen Vernehmung von einem sonstigen Gespräch ziemlich leicht fallen: Hier eine Unterredung zu dem Zweck, aus den Antworten und dem Verhalten des Vernommenen Beweise für ein Strafverfahren zu erhalten, dort ein Gespräch, das unter Privatleuten ohne den Willen irgendwelcher Festlegung geführt wird. Bestehen aber für den "Normalbürger" keine Schwierigkeiten, zwischen verantwortlichen Vernehmungen und unverbindlichen Unterhaltungen zu unterscheiden, so wird auch die Unbefangenheit der Menschen nicht betroffen, wenn von amtlichen Vernehmungen - unabhängig von der Schwere des Delikts - aus dienstlichen Gründen heimliche Aufzeichnungen angefertigt werden.

e) Diese, die Zulässigkeit der heimlichen Tonaufnahme begründende, sichere Möglichkeit der Unterscheidung einer amtlichen Vernehmung von anderen Gesprächen ist allerdings nur gegeben, wenn die Vernehmung als solche

Einigkeit erzielt werden wird. Der zu Verhandlung
und Wahrung der Rechte der Arbeiter der Gewerkschaften,
die einen gewissen wirtschaftlichen Standpunkt einnehmen,
was die von ihnen zu treffende Maßnahmen betreffen,
sollten sie sich gegenseitig helfen und über einen
anderen hinweggehen.

Es sei nun festzustellen, daß die Gewerkschaften
nicht in einer solchen Lage sind, die
den zu Verhandlung stehenden Sachen zu entscheiden, daß eine
eine Lösung möglich ist, es sei denn durch einen anderen Weg
und es besteht ein gewisser Zweifel, ob die Gewerkschaften
sich selbst verlassen werden können. In der Gewerkschaft
sollte die Verhandlung durch den Bund der Gewerkschaften,
welche Teil und zur Last gehört wird und nach welcher
Verordnung es geregelt werden kann (§ 136 Abs. 1 B. 1
Satz). Der Bund der Gewerkschaften soll es
den Gewerkschaften zur Last kommen, einen Gewerkschaften
sich selbst und einen Gewerkschaften zu sein kann
(§ 136 Abs. 1 B. 2, 3 Satz). Für die Verhandlung der Ge-
werkschaften soll der Bund der Gewerkschaften die
Verordnung (§ 136 Abs. 3 Satz), der Bund der
Gewerkschaften (§ 136 Abs. 4 Satz). Der
Bund der Gewerkschaften soll die Verhandlung durch den Bund
der Gewerkschaften zu entscheiden, es sei denn zur Lösung
sollten sie sich (§ 136 Abs. 1 B. 1 Satz), der Bund
der Gewerkschaften soll die Verhandlung durch § 136 Abs. 1 B. 1 Satz,
Verordnung, daß es zur Verhandlung zu entscheiden und

27. vgl. Kienbaum, S. 13, § 136 Abs. 1 B.

28. Für Verhandlung durch den Bund der Gewerkschaften
in § 136 Abs. 1 B. 2 Satz auf diese Regelung
verweisen.

- bei Vernehmung durch den Richter²⁷³⁾ - auf eine eventuelle Vereidigung hinzuweisen ist. Da aber eine heimliche Tonaufnahme nur dann zulässig ist, wenn die Vernehmung als solche und somit die Verbindlichkeit der Aussage eindeutig zu erkennen ist, muß auch bei einem Verhör durch Polizeibeamte verlangt werden, daß der zu vernehmende Zeuge - ebenso wie auf ein mögliches Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht²⁷⁴⁾ - auch hier auf die Bedeutung und Tragweite seiner Aussage klar hingewiesen wird.

Soll daher von einer amtlichen Vernehmung eine Tonaufnahme ohne Wissen des Aussagenden angefertigt werden, so ist Voraussetzung für deren Zulässigkeit, daß die Vernehmung als solche eindeutig kenntlich gemacht, d.h. auf die Wichtigkeit und Verbindlichkeit des Gesprochenen hingewiesen wird. Dies ist bei Zeugenvernehmungen durch den Richter oder Staatsanwalt wie bei Beschuldigtenvernehmung durch Gericht, Staatsanwaltschaft oder Polizei stets dann der Fall, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Formen der § 136 Abs. 1 S. 1, 2; § 163a Abs. 3, 4; § 57 S. 1, 2; § 161a Abs. 1 S. 2 StPO - auch wenn es sich hierbei lediglich um Ordnungsvorschriften handelt²⁷⁵⁾ - eingehalten werden. Bei Zeugenvernehmungen durch Polizeibeamte hingegen, wo diese Formvorschriften nicht bestehen, muß verlangt werden, daß der Aussagende trotzdem auf die Bedeutung und Tragweite seiner Worte deutlich hingewiesen wurde.

f) Die Unbefangenheit des Bürgers ist natürlich nur dann gewährleistet, wenn er sicher sein kann, daß diese

273) vgl. § 161a Abs. 1 S. 3 StPO

274) vgl. Kleinknecht, StPO, § 163a Anm. 6 A

275) vgl. Kleinknecht, StPO, § 57 Anm. 5; § 136 Anm. 11

heimlichen Tonaufnahmen von Vernehmungen nicht mißbräuchlich verwendet werden. Denn wenn auch der Vernommene damit rechnen muß, daß jedes seiner Worte, das er im Rahmen eines Verhörs aussagt, festgehalten wird, so vertraut er doch darauf, daß seine Aussage nicht verfälscht und nur zu dem Zweck verwertet wird, zu dem sie gemacht wurde, nämlich zur Aufklärung von Straftaten.

Denn durch die Fixierung eines Gesprächs erhält der Besitzer des Bandes die Verfügungsmacht über einen fremden Persönlichkeitsbestandteil²⁷⁶⁾. Er kann den Aussagenden sprechen lassen, wann er will und vor wem er will; er kann sogar das Gespräch durch "Schneiden" des Bandes völlig verändern²⁷⁷⁾. Der Sprecher wird durch die Aufzeichnung seiner Worte gleichsam seinem Mitmenschen preisgegeben und ausgeliefert²⁷⁸⁾. Es wäre für ihn bedrückend und würde ihn in seiner menschlichen Entwicklung hemmen, wenn er befürchten müßte, daß seine Worte vor beliebig vielen Menschen - möglicherweise sogar entstellt - reproduziert werden könnten.

Die Gefahr, daß die Tonaufnahme von einer Vernehmung Unbefugten zugänglich gemacht oder bewußt verfälscht wird, ist aber ziemlich gering. Denn ebenso, wie wohl kaum jemand befürchtet, daß in unserem Rechtsstaat Beweismittel und Protokolle von den Strafverfolgungsbe-

276) vgl. Lang, Ton- und Bildträger, S. 16; Roggemann, JR 1966, 48

277) Die Bedenken des Sprechers werden wohl kaum ausreichend dadurch beseitigt, daß man inzwischen durch technische Verfahren solche Veränderungen des Tonbandes mit großer Sicherheit nachweisen kann; vgl. Martin Kriminalistik 1967, 515 f

278) Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 312

hörden in "falsche Hände" geleitet oder absichtlich verfälscht werden, so dürfte auch kaum die Angst bestehen, daß mit Tonaufnahmen solch ein Mißbrauch getrieben wird. Das Vertrauen in eine rechtsstaatlichen Erfordernissen genügende Strafrechtspflege müßte solche Bedenken weitgehend ausschließen.

g) Andererseits könnte aber der Aussagende dadurch verunsichert werden, daß möglicherweise Teile der Tonaufnahme, die dem Vernehmenden uninteressant erschienen, weggelassen werden und das Gespräch dadurch von einem Zuhörer nicht mehr so verstanden werden kann, wie es ursprünglich gemeint war²⁷⁹⁾. Um dieser - nicht unberechtigten - Sorge vorzubeugen, muß daher bei heimlichen Tonaufnahmen verlangt werden, daß bei kürzeren Vernehmungen das ganze Gespräch, bei länger dauernden Verhören zumindest nur in sich abgeschlossene Gesprächsteile aufgezeichnet und diese Aufzeichnungen nur ungekürzt verwertet werden dürfen. Nur dann kann der Sprecher die Sicherheit haben, daß seine Worte so verstanden werden, wie er sie gemeint hat, und nicht aus Gesprächsteilen falsche Schlüsse gezogen werden können.

h) Stellt man daher den Sinn und Zweck des Schutzes des Rechts am gesprochenen Wort der besonderen Eigenart von Vernehmungen gegenüber, so ergibt sich folgendes: Zu einer natürlichen Entwicklung des Menschen gehört, daß er sich ungestört seinem Gesprächspartner mitteilen kann, ohne auf jedes Wort im nachhinein festgelegt zu werden. Im Gegensatz dazu verfolgt eine Vernehmung durch Beamte der Strafverfolgungsorgane - auch nach

279) vgl. Henkel, JZ 1957, 153

den Vorstellungen des Vernommenen - gerade den Zweck, von diesem eine Aussage zu erhalten und diese Aussage auch Wort für Wort festzuhalten. Eine Vernehmung ist daher, wenn man das Ziel des Gesprächs betrachtet, von sonstigen, der Entwicklung des Menschen dienenden Unterhaltungen deutlich zu unterscheiden.

Es ist auch Sinn und Zweck des Schutzes des gesprochenen Wortes, dem Menschen die nötige Unbefangenheit zu sichern. Diese ginge verloren, wenn er befürchten müßte, bei den seiner Entwicklung dienenden Gesprächen, also bei den Unterhaltungen des Alltags festgelegt zu werden. Obwohl nun dem einzelnen verständlich sein wird, daß seine Aussagen bei Vernehmungen festgehalten werden, könnte er doch die Befürchtung haben, daß auch andere Gespräche aufgezeichnet werden. Voraussetzung für die Zulässigkeit heimlicher Tonaufnahmen von Vernehmungen ist daher, daß diese als solche eindeutig erkennbar sind, daß der Sprecher sich also darüber im klaren ist, daß seine Worte verbindlich sind und im Strafverfahren verwertet werden können. Des weiteren muß sichergestellt werden, daß die so angefertigten Aufnahmen nur vollständig und unverändert verwertet werden.

In diesem Falle wird die Aufzeichnung zwar auch einen "Teil der Persönlichkeit" des Sprechers, nämlich den Klang der Stimme, die Sprachformulierung sowie die persönlichen Eigenarten des Redners enthalten, dieser wird aber dann die Fixierung seiner Worte - ähnlich wie bei der Aufnahme von geschäftlichen Verhandlungen oder Börsennachrichten - nicht als Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht empfinden können²⁸⁰⁾. Zwar tritt hier die "Individualität des Sprechers" nicht hinter der "mechanischen Wiedergabe gesprochener Tatsachen" völlig zu-

280) vgl. BGHSt 19, 193 (194)

rück²⁸¹⁾, aber der Sprecher kennt den Zweck der Unterhaltung und weiß, daß mit seinen Worten im Rahmen einer justizförmigen Verwertung der Aussage kein Mißbrauch getrieben werden kann. Für ein Verbot der heimlichen Tonaufnahme von Vernehmungen besteht infolgedessen kein Erfordernis.

5. Zulässigkeit heimlicher Tonaufnahmen von sonstigen dienstlichen Gesprächen zwischen Bürgern und Beamten der Strafverfolgungsorgane?

Wenn somit auch feststeht, daß die heimliche Tonaufnahme von Vernehmungen ohne Einschränkung gestattet ist, so stellt sich weiterhin die Frage, inwieweit sonstige dienstliche Gespräche zwischen den Bürgern und den Beamten der Strafverfolgungsorgane ohne Wissen des Gesprächspartners aufgezeichnet werden können.

Zu denken wäre hierbei an die Äußerungen, die ein soeben Festgenommener nach der Vernehmung gegenüber den Beamten der Polizei macht, ebenso an die Antworten aus dem Kreis der Anwesenden im Rahmen einer formlosen "informativischen Befragung"²⁸²⁾ wie auch an Erklärungen, die der Vernommene nach einem als solchen erkennbaren Verhör zu dem soeben Gesagten abgibt²⁸³⁾.

Diese Gespräche unterscheiden sich von Vernehmungen dadurch, daß sich hier der Sprecher nicht im klaren darüber ist, daß jedes seiner Worte festgehalten und verwertet

281) Reinhardt, JZ 1959, 45

282) vgl. Kleinknecht, StPO, § 163a Anm. 6; ders., Kriminalistik 1965, 451

283) vgl. BGH JZ 1956, 227

werden kann. Andererseits sind sie aber auch nicht zu den unverbindlichen Unterhaltungen im privaten Lebensbereich zu zählen, denn dem Bürger ist auf jeden Fall bekannt, daß er sich gegenüber einem Beamten der Strafverfolgungsorgane äußert, der gerade seine dienstliche Aufgabe erfüllt, Informationen oder Beweise für die Verfolgung eines Straftäters zu sammeln²⁸⁴⁾.

Diese Gespräche zwischen Beamten und Bürgern müssen daher mehr Schutz genießen als amtliche Vernehmungen, deren heimliche Fixierung generell gestattet ist. Andererseits muß aber die Fixierung des gesprochenen Wortes auf einem Tonband eher erlaubt sein, als dies bei Gesprächen im privaten Bereich der Fall ist.

Wo die Grenze liegt, bei der die Zulässigkeit heimlicher Aufnahmen beginnt, kann nicht allgemein gesagt werden. Es ist hier vielmehr auf den Einzelfall abzustellen und jeweils zu prüfen, ob das Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung oder das Interesse des einzelnen am Schutz vor der Aufzeichnung des Gesprächs mit dem Beamten überwiegt. Wenn zu dieser Abwägung bei privaten Gesprächen die gesetzliche Regelung des § 100a StPO als Maßstab dienen konnte²⁸⁵⁾, so folgt daraus für die dienstlichen Gespräche zwischen den Bürgern und den Beamten der Strafverfolgungsorgane, daß wegen der geringeren Schutzwürdigkeit dieser Unterhaltungen zwar heimliche Tonaufnahmen auch in weniger gravierenden Fällen erlaubt sein dürften, daß aber der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort nicht so weit eingeschränkt werden darf, daß die heimliche Fixierung des Gesprächs als Mittel zur Aufklärung jedes Vergehens herangezogen werden darf.

284) vgl. auch Schulz, Kriminalistik 1958, 3

285) vgl. Erster Teil, III 5 d

IV. Zusammengefaßtes Ergebnis des zweiten Teils

Die heimliche Tonaufnahme von dienstlichen Gesprächen zwischen Bürgern und Beamten der Strafverfolgungsorgane unterscheidet sich von den im ersten Teil besprochenen Aufzeichnungen privater Gespräche dadurch, daß hier der das Gespräch aufnehmende Beamte nicht in eine fremde Unterhaltung eindringt, sondern selbst Gesprächspartner ist und die Aufnahme lediglich zum Festhalten des Gehörten verwendet.

Wird ein solches Gespräch zwischen dem Bürger und Beamten heimlich aufgezeichnet, so stellt dies keine strafbare Handlung i.S.d. § 201 StGB dar. Denn durch diese Strafbestimmungen soll die Vertraulichkeit des Wortes gesichert werden. Eine solche Vertraulichkeit liegt aber bei diesen Gesprächen nicht vor, da sie erkennbar dazu dienen, Informationen oder Beweise für die Verfolgung eines Straftäters zu sammeln.

Wird von einer Vernehmung eine heimliche Tonaufnahme angefertigt, so liegt darin - sieht man einmal von einer ausdrücklichen Täuschungshandlung des Beamten ab - auch kein Verstoß gegen das Verbot des § 136a StPO. Denn der Beamte nützt hier lediglich den Irrtum bzw. die fehlende Vorstellung des Vernommenen aus, - eine Rechtspflicht zum Hinweis auf die heimliche Aufnahme läßt sich weder rechtsstaatlichen Grundsätzen noch dem Sinn und Zweck des § 136a StPO entnehmen.

Wird von einer als solchen erkennbaren amtlichen Vernehmung eine heimliche Tonaufnahme angefertigt, so wird hierdurch auch nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Aussagenden verletzt. Denn eine natürliche Entwicklung des Menschen macht es zwar erforder-

lich, daß er nicht dem steten Zwang unterliegen darf, im privaten Bereich mit heimlichen Tonaufnahmen rechnen zu müssen. Doch Sinn und Zweck des Schutzes des Rechts am gesprochenen Wort verlangen nicht, daß dies auch zu einem Verbot der heimlichen Aufzeichnung von Vernehmungen führt. Denn bei einer solchen Vernehmung ist dem Sprecher bekannt, daß er hier nicht einfach "dahinzureden" hat, sondern daß jedes seiner Worte verbindlich ist und ihm später wieder vorgehalten werden kann. Es bestehen daher auch keine Bedenken, einem solchen Gespräch Beständigkeit zu verleihen. Da der Sprecher vor der Aufnahme einer Vernehmung auf die Verbindlichkeit seiner Worte ausdrücklich hinzuweisen ist, ihm also der Unterschied zu privaten Gesprächen offenkundig wird, führt eine heimliche Aufzeichnung von Vernehmungen auch nicht zur Beseitigung der Unbefangenheit des Menschen.

Sonstige dienstliche Gespräche mit Beamten der Strafverfolgungsorgane dürfen nicht ohne weiteres aufgezeichnet werden. Denn da diese unter dem Gesichtspunkt der Vertraulichkeit zwischen Vernehmungen und privaten Gesprächen einzuordnen sind, muß im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung der Straftat und dem privaten Interesse des Sprechers auf Schutz vor heimlichen Tonaufnahmen stattfinden. Dabei wird die Grenze der Zulässigkeit heimlicher Aufnahmen weiter sein als die gesetzliche Regelung des § 100a StPO, doch darf dies nicht dazu führen, heimliche Tonaufnahmen zur Aufklärung jeder Straftat zuzulassen.

D r i t t e r T e i l :

Verwertung rechtmäßig erlangter Tonaufnahmen im Strafverfahren

Wenn feststeht, unter welchen Voraussetzungen die heimliche Tonaufnahme eines Gesprächs zulässig ist, stellt sich als weiteres die Frage, ob und in welcher Form die so hergestellte Aufnahme im Strafverfahren Verwendung finden kann.

Für die Verwertung in der Hauptverhandlung wird hierbei u.a. entscheidend sein, unter welches der im Gesetz geregelten Beweismittel die Tonaufnahme einzuordnen ist. Für das Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung ist zu prüfen, ob und wie hier bei Entscheidungen der Inhalt einer Tonaufnahme herangezogen werden darf.

I. Um welche Art von Beweismittel handelt es sich bei einer Tonaufnahme?

1. Bestimmung der Art des Beweismittels als Voraussetzung für die Verwertung in der Hauptverhandlung

Als Beweismittel des Strafverfahrens sind in der Strafprozeßordnung Zeugen, Sachverständige und Augenschein, sowie Urkunden und andere Schriftstücke genannt. Hinzuzurechnen sind die Aussagen der Beschuldigten und Mitbeschuldigten, obwohl deren Vernehmung nicht zur "Beweisaufnahme im prozeßtechnischen Sinn" gehört¹⁾.

1) vgl. Kleinknecht, StPO, Einl. 1 J b; § 244 Anm. 1 A

Diese Aufzählung im Gesetz ist abschließend²⁾.

Da nun aber die Art des Beweismittels bestimmend dafür ist, was durch dieses nachgewiesen werden kann³⁾, ist auch bei der Verwertung einer Tonaufnahme zunächst zu klären, unter welches der gesetzlich aufgezählten Beweismittel sie einzuordnen ist.

2. Die Tonaufnahme als unmittelbare Aussage?

Geht man von den Grundprinzipien des Strafprozesses aus, so kann das Abspielen einer Tonaufnahme in der Hauptverhandlung nicht als unmittelbare Aussage eines Angeklagten oder Zeugen angesehen oder dieser gleichgestellt werden.

"Denn die StPO setzt, wenn sie die grundsätzliche Anforderung der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Aussage erhebt, voraus, daß die erkennenden Richter nicht nur den Klang der gesprochenen Worte hören, sondern auch den Aussagenden bei seiner Erklärung sehen und damit aus der Art des Aussagens Schlüsse ziehen können, so daß sich aus der Verbindung des akustischen und optischen Eindrucks während der Aussage ein höchst erreichbarer Grad von Zuverlässigkeit der Beweisgrundlage ergibt."⁴⁾

Mag daher die Tonaufnahme noch so exakt eine Aussage wiedergeben, sie kann, da der Sprecher bei seiner

2) vgl. Henkel, JZ 1957, 152; Krause, Urkundenbeweis, S. 85; Eb. Schmidt, JZ 1956, 206; Siegert, GA 1957, 269

3) vgl. Henkel, JZ 1957, 152; Eb. Schmidt, JZ 1956, 206 f

4) Henkel, JZ 1957, 152

Aussage nicht sichtbar wird, doch nicht als unmittelbare Aussage in der Hauptverhandlung angesehen werden⁵⁾.

3. Die Tonaufnahme als Urkundenbeweis?

Stellt die heimliche Tonaufnahme keine unmittelbare Aussage dar, so ist zu prüfen, ob sie nicht zu den Urkunden gerechnet werden kann.

a) Der Begriff der "Urkunde" ist in § 249 S. 1 StPO durch den Gesetzgeber umschrieben:

"Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke werden in der Hauptverhandlung verlesen."

Ein Beweismittel ist also dann als Urkunde anzusehen, wenn es schriftlich abgefaßt ist und verlesen werden kann⁶⁾.

Verwendet man nun diese beiden Merkmale nach dem üblichen Sprachgebrauch, so ist eindeutig, daß Tonaufnahmen, seien es Tonbänder oder Schallplatten, nicht als verlesbare Schriftstücke angesehen und somit auch nicht im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden können.

Nun wurde verschiedentlich die Auffassung vertreten, daß Tonaufnahmen doch die Voraussetzung für eine Verwertung als Urkunden erfüllten.

5) vgl. Henkel, JZ 1957, 152; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 629

6) vgl. Kleinknecht, StPO, § 249 Anm. 1, 2

So halten Alsberg-Nüse⁷⁾ Schallplatten und Tonbänder für Schriftstücke, da auch bei ihnen das aufgenommene Wort durch bestimmte Zeichen fixiert werde. Ebenso vertrat Kohlhaas⁸⁾ die Ansicht, Tonbandaufnahmen seien als Schrifturkunden anzusehen, da die Schriftlichkeit durch "die Rillen auf Tonbändern und Schallplatten" begründet werden könne⁹⁾. Siegert¹⁰⁾ schließt sich diesen Überlegungen an und verweist darauf, daß schon das Reichsgericht Aufzeichnungen in Kurzschrift zugelassen habe¹¹⁾. Da dem die Zeichen der Fixierung auf dem Tonband entsprächen, sei das Tonband "eine moderne Form der schriftlichen Niederlegung des gesprochenen Wortes geworden"¹²⁾.

Diesen Überlegungen muß aber entgegengehalten werden, daß unter dem Begriff "Schrift" hier nur "absichtlich fixierte, eine Bedeutung enthaltende, lesbare Zeichen"¹³⁾, nicht aber eine auf physikalischen Gesetzen beruhende Aufzeichnung von Schallwellen¹⁴⁾ verstanden werden können. Denn durch die Schrift schuf sich der Mensch eine ihm eigene Möglichkeit, sich einem anderen mitzuteilen. Die Schrift wurde nach den Gesetzen des menschlichen Geistes entwickelt, sie besteht aus Symbolen, die von Menschen zur Verkörperung von Sprachlauten erdacht wur-

7) Beweis Antrag, S. 270

8) DRiZ 1955, 83; NJW 1957, 83

9) DRiZ 1955, 83

10) NJW 1957, 689 f

11) RGSt 65, 295

12) NJW 1957, 691

13) vgl. Roggemann, Tonband, S. 71

14) vgl. Feldmann, NJW 1958, 1167

den, nicht aber aus rein physikalisch-technisch bedingten Aufzeichnungen¹⁵⁾.

Ebenso fehlt es bei einer Tonaufnahme an der "Verlesbarkeit"¹⁶⁾. Man könnte zwar das Abspielen eines Tonbandes als Verlesen des Schriftstücks ansehen, indem die Person, deren Stimme beim Abspielen ertönt, gleichsam das "Schriftstück" selbst verliest¹⁷⁾, doch scheitert diese Überlegung daran, daß unter "Verlesen" eine geistige Leistung, nicht aber das rein mechanische "Laufenlassen" des Bandes, verbunden mit einer Reproduktion des Gesprochenen, verstanden werden muß¹⁸⁾.

Indem somit Tonbänder wie Schallplatten weder den Erfordernissen der Schriftform noch der Verlesbarkeit genügen können, können sie im Rahmen der Beweismittel im Strafprozeß auch nicht zu den Urkunden gezählt werden¹⁹⁾.

b) Wenn nun aber Tonaufnahmen nicht als Urkunden angesehen werden können, so ist doch zu prüfen, ob nicht die Regeln des prozessualen Urkundenbeweises zumindest entsprechend angewendet werden können.

15) Feldmann, NJW 1958, 1167; Roggemann, Tonband, S. 71

16) vgl. Alsberg-Nüse, Beweisanzug, S. 270

17) so Kohlhaas, DRiZ 1955, 83

18) vgl. Feldmann, NJW 1958, 1167

19) ebenso Feldmann, NJW 1958, 1167; Henkel, JZ 1957, 152; Krause, Urkundenbeweis, S. 125; Löwe-Rosenberg, StPO, § 253 Anm. 4; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 630; JZ 1956, 207; Strafprozeßrecht, Rdn. 160

Unter diesen Gesichtspunkten wäre es denkbar, daß man die Fixierung der Worte auf einen Tonträger der Festlegung durch Schriftzüge gleichsetzt, wobei dann das Abspielen der Aufnahme dem "Verlesen" der Urkunde entspräche²⁰⁾.

Dem muß allerdings entgegengesetzt werden, daß Urkunden nur deshalb überhaupt die Möglichkeit eröffnen, Gedankeninhalte der richterlichen Überzeugungsbildung zuzuführen, weil ihnen ein besonderes Maß an Zuverlässigkeit zuerkannt wird. Gerade die "absolute Eindeutigkeit der Herkunftsidentität" wie auch die "Möglichkeit, die Beschaffenheit der Urkunde in allen Beziehungen mit dem Auge zu kontrollieren"²¹⁾, heben die Urkunden so sehr aus dem Bereich der Beweismittel hervor, daß sie sogar Aussagen zu ersetzen vermögen²²⁾.

Die moderne Technik ist nun zwar in den letzten Jahren soweit vorangekommen, daß es möglich ist, Veränderungen von Tonbändern an Hand der "Schnitte" zu erkennen, auch wenn die Aufnahme nochmals auf einen anderen Tonträger überspielt wurde²³⁾. Dennoch wird dadurch die Tonaufnahme für den Gerichtsgebrauch nicht "zuverlässiger". Denn diese Zuverlässigkeit macht es erforderlich,

20) vgl. Alsberg-Nüse, Beweisantrag, S. 270; Kohlhaas, DRiZ 1955, 83; Rudolf Schmidt, JUS 1967, 21; Scupin, DÖV 1957, 553; nach Nüse und Scupin fehlt es zwar an der Verlesbarkeit der Tonaufnahme; die Regeln des Urkundenbeweises sollen aber trotzdem angewendet werden, da die Wiedergabe der Tonaufnahme der Verlesung "angenähert" sei (a.a.O.)

21) Eb. Schmidt, JZ 1956, 207

22) ebenso Henkel, JZ 1957, 153; vgl. für den Zivilprozeß: R. Bruns, JZ 1957, 493

23) vgl. Martin, Kriminalistik 1967, 515 f. Das Beispiel von Hartnack aus der Praxis (NJW 1958, 1478) dürfte insofern inzwischen überholt sein.

daß eventuelle Veränderungen unmittelbar und auf der Stelle, ohne großen wissenschaftlichen Apparat erkennbar sein müssen. Es wäre zu langwierig und umständlich, müßte man jedesmal erst ein wissenschaftliches Gutachten darüber einholen, daß die vorgelegte Tonaufnahme nicht verändert wurde. Infolgedessen kann den speziellen Anforderungen für die Zuverlässigkeit dieses Beweismittels nur die schriftliche Urkunde genügen, keinesfalls aber eine Tonaufnahme.

c) Erfüllt somit die Tonaufnahme nicht die Voraussetzungen, die an eine Urkunde als Beweismittel im Strafprozeß gestellt werden, so kann sie auch nicht als Protokoll angesehen werden. Denn hierzu fehlt ihr ein weiteres, wichtiges Inhaltselement, nämlich die Unterschrift der an der Vernehmung Beteiligten (§ 168a Abs. 3, § 168b Abs. 2 StPO)²⁴⁾.

Nun hat zwar Roggemann²⁵⁾ geltend gemacht, daß es Tonbänder mit "beschreibbarem Vorspannband" wie auch mit beschreibbarer Rückseite ("Signier-Bänder") gebe, die auch "unterschrieben" werden könnten. Doch hat Roggemann nicht dargelegt, wie zwischen dem aufgezeichneten Gespräch und der Unterschrift eine solche Verbindung hergestellt werden kann, daß eine Änderung der Tonaufnahme nicht mehr möglich ist, ohne daß die Unterschrift verloren geht. Denn allein die Tatsache, daß das Band bei einer Vernehmung mitgelaufen ist, hat für die Verwertung im Hauptverfahren keine Bedeutung. Entscheidend ist allein, daß der Inhalt des Bandes mit dem damaligen Vernehmungsgespräch übereinstimmt.

24) für polizeiliche Vernehmungen vgl. Kleinknecht, StPO, § 163a Anm. 8 B

25) Tonband, S. 79

Hinzu kommt noch, daß es gerade der Sinn der Unterschrift ist, daß der Unterschreibende erst nach einer sorgfältigen Überprüfung mit dem Auge seinen Namen unter das Schriftstück setzt. Denn vor allem die Kontrolle mit dem Auge, die Möglichkeit, den vorhergehenden Satz nochmals zu überprüfen, bestimmte Passagen mehrmals durchzulesen, bevor man sie akzeptiert, ist sicherer und macht eine Unterschrift verbindlicher, als wenn lediglich bestätigt würde, daß das Tonband abgespielt wurde und demnach das Gespräch richtig wiedergegeben sei. Man denke nur daran, daß der Protokollierende dem Aussagenden ein ganz anderes Band zur Unterschrift vorlegen könnte, ohne daß dieser die Möglichkeit hätte, bei der Unterschrift diese Täuschung zu bemerken.

Damit steht fest, daß Tonbänder nicht in dem gedachten Sinn "unterschrieben" werden können. Wenn aber gerade die Unterschrift fehlt, die die Richtigkeit des Festgehaltenen bezeugen und den Beweiswert der Aufzeichnung erhöhen soll, so kann eine Tonaufnahme nicht als Protokoll angesehen werden.

d) Henkel²⁶⁾ hat nun Überlegungen angestellt, wie es möglich wäre, die Beweiskraft einer Tonaufnahme zu erhöhen, um sie in den Bereich des Urkundenbeweises miteinzubeziehen. Er vergleicht hierbei die Tonaufnahme mit der nach § 188 Abs. 4 StPO a.F. - jetzt § 168a Abs. 4 StPO - möglichen stenografischen Aufnahme einer Aussage im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung.

Demnach ist es zulässig, daß das Protokoll selbst nur die Angaben über die Vernehmung enthält, die vollstän-

26) JZ 1957, 153 f

dige Aussage aber in Kurzschrift festgehalten wird. Das Stenogramm dient hierbei als Hilfsmittel zur Ergänzung und Ausfüllung des Protokolls und soll später zur allgemeinen Lesbarkeit in Langschrift übertragen und bei einer Verlesung des Protokolls in der Hauptverhandlung als dessen "Anlage" mitverlesen werden. Die Sicherung der Echtheit und die Richtigkeit der Fixierung des Stenogramms wird dadurch gewährleistet, daß es der Protokollführer unterschreibt, den Beteiligten zu deren Genehmigung vorliest und die Verlesung und Genehmigung im Protokoll vermerkt.²⁷⁾

Wegen der starken Ähnlichkeit zwischen einem vollständigen Stenogramm und einer Tonaufnahme soll nun - nach Henkel - die Tonaufnahme entsprechend als "Anlage zum Protokoll" Verwendung finden. Bedingung wäre dann nur noch, daß der Beweis durch Verbindung zwischen Protokoll und Tonaufnahme, z.B. durch Vermerk im Protokoll und Versiegelung der Tonaufnahme gesichert würde.

"Diese Verwertung kann im Wege des Urkundenbeweises geschehen, soweit eine Verlesung des Protokolls nach den Vorschriften der StPO zulässig ist, wobei dann die Vorführung des in Verbindung mit dem Protokoll hergestellten Tonbandes zu der Verlesung des Protokolls hinzutritt."²⁸⁾

Die Tonaufnahme wäre dann nicht selbst "Urkunde", sie wäre aber als "Mittel zur Ergänzung einer Urkunde" ein

27) § 168a Abs. 4 S. 2, 3 StPO; ebenso § 188 Abs. 4 S. 2, 3 StPO a.F.

28) Henkel, JZ 1957, 154; ebenso Wintrich, BayVBl 1957, 138; vgl. auch Siegert, Weinheimer Tagung, S. 90

"zweckmäßiges und prozessualrechtlich vertretbares Hilfsmittel der richterlichen Wahrheitsforschung"²⁹⁾.

Dieser Meinung von Henkel ist entgegenzuhalten, daß hierbei aus der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, Vernehmungsniederschriften zunächst in Kurzschrift aufzunehmen, zu weitgehende Folgerungen gezogen werden. Denn wenn das Gesetz - um die Zuverlässigkeit und Klarheit eines Protokolls zu gewährleisten - bereits bei einem Stenogramm, also bei einer schriftlichen Festlegung, vorschreibt, daß dieses unverzüglich in die gewöhnliche Schrift zu übertragen ist und dann diese Übertragung an die Stelle des Stenogramms zu treten hat³⁰⁾, so muß dies erst recht für eine Tonbandaufnahme, also für eine nicht mit den Augen wahrnehmbare Aufzeichnung gelten. Die Verwertung einer Tonaufnahme im Urkundenbeweis durch Abspielen im Zusammenhang mit einem Schriftprotokoll würde die gesetzlich festgelegten Grenzen erheblich überschreiten³¹⁾.

Eine Tonaufnahme mag daher ein wertvolles Hilfsmittel zur Anfertigung des Schriftprotokolls sein, doch vermag es nicht, an dessen Stelle zu treten.

29) Henkel, JZ 1957, 155

30) § 168a Abs. 4 S. 4, 5 StPO

31) Zur Schriftlichkeit des Vorverfahrens vgl. auch Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, § 168a Anm. 5; ähnlich Kohlhaas, NJW 1957, 85

4. Die Tonaufnahme als Augenscheinsobjekt

Da die Tonaufnahme somit weder als unmittelbare Aussage noch als Urkunde angesehen werden kann, ist sie in der Reihe der gesetzlichen Beweismittel unter die Augenscheinsobjekte einzuordnen. Dieser weitaus herrschenden Meinung in der Literatur³²⁾ hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen³³⁾.

Dabei erfolgt die "Augenscheinseinnahme" durch jede sinnliche Wahrnehmung, also nicht nur durch das Sehen, sondern auch durch das Hören, Schmecken, Riechen und Fühlen³⁴⁾. Eine Tonaufnahme unterliegt daher als Beweismittel nicht nur der Überprüfung ihres äußerlichen Zustandes, sondern es können auch die Laute verwertet werden, die bei einem Abspielen der Aufnahme dem Ohr vernehmbar werden³⁵⁾.

32) vgl. Fuhrmann in: Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, StPO, § 136a Anm. 1 c; Gollwitzer in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 244 Anm. V 4 g, Anm. VII 2; Henkel, JZ 1957, 152; ders., Weinheimer Tagung, S. 52; Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, vor § 72 Anm. 4 C; Krause, Urkundenbeweis, S. 125/126; Roggemann, JR 1966, 48; ders., Tonband, S. 62; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 630; ders., JZ 1956, 207; ders., Strafprozeßrecht, Rdn. 160; Spindel, NJW 1966, 1107

33) vgl. BGHSt 14, 339 (341)

34) BGHSt 18, 51 (53)

35) vgl. Kleinknecht, StPO, vor § 72 Anm. 4 C

II. In welcher Form kann der Inhalt einer Tonaufnahme im Strafprozeß verwertet werden?

Wenn somit feststeht, daß Tonaufnahmen im Rahmen der gesetzlichen Beweismittel als Augenscheinsobjekte anzusehen sind, so bleibt noch zu klären, was durch das Abspielen der Aufzeichnung im Rahmen dieses Augenscheinsbeweises im Strafprozeß nachgewiesen werden kann.

1. Augenscheinsobjekt zum Nachweis der äußeren Umstände des Gesprächs

a) Unbestritten dürfte sein, daß durch das Abspielen einer Tonaufnahme der Nachweis dafür erbracht werden kann, von wem und in welcher Form ein Gespräch geführt wurde. So kann durch Stimmvergleiche festgestellt werden, wer am Gespräch beteiligt war, von wem also bestimmte Erklärungen stammen³⁶⁾. Ebenso kann nachgewiesen werden, wieviele Personen an einer Unterredung teilgenommen haben³⁷⁾. Der Klang der Stimmen der Gesprächspartner kann dem Zuhörer die Kenntnis darüber vermitteln, unter welchen Umständen es zu gewissen Äußerungen kam, sei es, daß eine Unterredung sachlich oder erhitzt, aufgeregt oder ruhig, schreiend, drohend oder besänftigend geführt wurde³⁸⁾. Auch kann auf Grund der festgehaltenen Erklärungen nachgewiesen werden, ob beispielsweise bei einer Vernehmung der Aussagende - wenn es sich bei ihm um einen Ausländer handelte -

36) vgl. Henkel, JZ 1957, 152; ders., Weinheimer Tagung, S. 52; Roggemann, Tonband, S. 64

37) ebenso Roggemann, a.a.O., S. 64

38) vgl. Roggemann, a.a.O., S. 64

der deutschen Sprache mächtig war oder ob jemand ein Geschehnis aus eigenem Erleben geschildert hat oder ihm die Worte vom Vernehmungsbeamten gleichsam "in den Mund gelegt" wurden³⁹⁾.

Besondere Bedeutung kann hier der Tonaufnahme als Beweismittel für eine korrekte Vernehmungsmethode im Strafverfahren zukommen. Wie oft versuchen Angeklagte oder Zeugen in der Hauptverhandlung, von ihren Aussagen bei Vernehmungen durch Beamte der Polizei oder Staatsanwaltschaft dadurch wieder abzurücken, daß sie behaupten, sie wären in unzulässiger Weise von dem Vernehmenden beeinflusst worden. Hier kann die Tonaufnahme neben der Befragung des Beamten als Zeugen stets Aufschluß darüber geben, ob bei einer Vernehmung solche unzulässigen Methoden Anwendung gefunden haben⁴⁰⁾. Denn indem das Gericht die Äußerungen des vernehmenden Beamten zur Kenntnis nimmt, führt es nicht dessen Erklärungen in den Prozeß ein, es zieht lediglich aus dem Gehörten Schlüsse auf die Verhaltensweise des Vernehmungsbeamten⁴¹⁾.

Schließlich können durch die Tonaufnahme einer Vernehmung auch Straftaten für die Verfolgung in einem anderen Verfahren nachgewiesen werden. Es sind dies solche Straftaten, die in der Äußerung des Vernommenen selbst liegen. So kann durch das Abspielen der Aufnahme der Beweis für Beleidigungen, Bedrohungen, Be-

39) BGHSt 14, 339 (340)

40) ebenso Henkel, JZ 1957, 152; ders., Weinheimer Tagung, S. 52; Kleinknecht, NJW 1966, 1541; Kohlhaas, DRiZ 1955, 82; Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 642; ders., JZ 1956, 208; vgl. auch BGH JZ 1956, 227

41) vgl. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 642; JZ 1956, 208

stechungsversuche etc. erbracht werden, denn es ist offenkundig, daß hier das Verhalten des Sprechers dem Gericht vernehmbar zu Ohren kommt⁴²⁾.

b) Umstritten ist aber die Frage, ob bei einer Tonaufnahme neben dem Nachweis über Art und Umstände einer Vernehmung auch die Aussage selbst, also der Inhalt der Erklärungen des Vernommenen, in den Prozeß eingeführt werden kann.

Henkel⁴³⁾ macht hierzu deutlich, daß der Augenschein der Beweis sei, der lediglich durch die sinnliche Wahrnehmung erbracht werde. Das bedeute, daß der Augenscheinsbeweis sich nur auf die sinnliche Feststellung eines Lebensvorganges oder der Beschaffenheit von Gegenständen richte⁴⁴⁾. Keinem Augenscheinsbeweis sei aber zugänglich, was sich erst - über die sinnliche Wahrnehmung hinaus - dem Denkvermögen erschließe⁴⁵⁾. Solle nämlich durch das Denkvermögen der Inhalt und Sinn einer Aussage erfaßt werden, so könne dafür im Strafprozeß nicht mehr der Augenscheinsbeweis in Frage kommen⁴⁶⁾.

Eb. Schmidt⁴⁷⁾ weist in diesem Zusammenhang besonders darauf hin, daß es hier darum gehe, prozessuale Erklärungen, also Aussagen von Prozeßbeteiligten, in den Prozeß einzuführen. Hierfür sei erforderlich, daß die

42) vgl. Eb. Schmidt, StPO, II, § 244, Rdn. 81

43) JZ 1957, 152 f; Weinheimer Tagung, S. 52

44) Weinheimer Tagung, S. 52; ebenso Kleinknecht, StPO, vor § 72 Anm. 4 B, C

45) JZ 1957, 152; ebenso Kleinknecht, NJW 1966, 1541; Scupin, DÖV 1957, 553

46) Weinheimer Tagung, S. 52

47) Gedächtnisschrift, S. 632; JZ 1956, 207; JZ 1964, 542

Person des Erklärenden dem Gericht "unmittelbar evident" werde⁴⁸⁾. Diese unmittelbare Evidenz des Erklärenden ergebe sich bei der mündlichen Aussage durch die Anwesenheit des Sprechenden vor Gericht, bei einem Protokoll durch die Unterschrift des Vernommenen oder, falls er diese verweigern sollte, durch die beurkundende Erklärung des vernehmenden Beamten⁴⁹⁾. Bei einer Tonaufnahme dagegen müsse erst mit Hilfe von Zwischenschlüssen die Herkunft bestimmter Wortgefüge erfaßt werden, "ob und inwiefern und mit welchem Sinn ein Wortgefüge von einer bestimmten Person als dem erklärenden (aussagenden) Prozeßbeteiligten herrührt"⁵⁰⁾. Da dies aber dem "Sinne des prozessualen Verkehrs zwischen dem Gericht und den sonstigen Prozeßbeteiligten" (vgl. § 250 S. 1, §§ 251, 253, 254 StPO) widerspreche, sei es nicht möglich, prozessuale Erklärungen im Augenscheinsbeweis durch das Abspielen eines Tonträgers in den Prozeß einzuführen⁵¹⁾.

"Augenscheinsbeweise vermitteln dem Gericht lediglich äußere So-Beschaffenheiten sinnlich wahrnehmbarer Objekte, nicht aber Gedankeninhalte von prozessualen Erklärungen."⁵²⁾ Entscheidend sei daher, "daß die StPO für den Nachweis von Gedankeninhalten, die von prozeßrechtlich zugelassenen Aussagepersonen herrühren, den Augenscheinsbeweis gar nicht zuläßt, hierfür vielmehr ausschließlich den durch Aussagen oder durch Urkunden geführten Beweis verstattet"⁵³⁾.

48) Gedächtnisschrift, S. 632

49) a.a.O., S. 633

50) a.a.O., S. 632

51) vgl. Gedächtnisschrift, S. 632; JZ 1956, 201

52) JZ 1964, 542

53) ders., StPO II, § 244, Rdn. 80

Sowohl nach den Ausführungen von Henkel wie auch von Eb. Schmidt kann somit eine Tonaufnahme im Augenscheinsbeweis keinen Nachweis über Aussagen erbringen, die bei Vernehmungen vor der Hauptverhandlung gemacht wurden.

c) In dem Bestreben, den Inhalt einer Tonaufnahme doch im Augenscheinsbeweis in größerem Umfang zu verwerten, haben mehrere Autoren versucht, die "traditionelle" Trennung zwischen Urkunden- und Augenscheinsbeweis zu beseitigen.

So vertritt Feldmann⁵⁴⁾ die Ansicht, daß der Inhalt einer Tonaufnahme zwar nicht im Wege des Urkundenbeweises, wohl aber im Rahmen des Augenscheinsbeweises verwertet werden könne⁵⁵⁾. Er weist darauf hin, daß eine gesonderte Art der Betrachtung über die Art der Vernehmung und den Inhalt der Bekundungen nicht denkbar sei. Da die Regeln der Strafprozeßordnung (§ 250) eine mittelbare Beweisführung durch Zeugen vom Hörensagen, insbesondere auch durch die Aussagen von Verhörspersonen nicht für unzulässig hielten (mit Ausnahme von § 252 StPO), sei kein Grund erkennbar, andersartige Beweismittel - also die Tonaufnahme - für den Her gang einer Vernehmung und die dabei gemachten Äußerungen von Zeugen oder Beschuldigten abzulehnen⁵⁶⁾.

Ebenso hält auch Roggemann⁵⁷⁾ den Nachweis von Erklärungsinhalten im Wege des Augenscheinsbeweises für möglich. Eine Eingrenzung des Augenscheinsbeweises

54) NJW 1958, 1166 f

55) a.a.O., S. 1167/1168

56) a.a.O., S. 1168

57) Tonband, S. 62 f

unter Ausschluß der Übermittlung von "Gedankeninhalten" könne nicht der verfahrensrechtlichen Regelung des Sachbeweises entnommen werden. Die Unterscheidung zwischen den beiden Beweisarten habe vielmehr lediglich Bedeutung für den "formalen Wert" der Beweismittel, indem die Urkunde "die höchste Stufe auf der Leiter der Beweismittel"⁵⁸⁾ einnehme, keinesfalls solle dadurch der Inhalt der Beweismittel festgelegt werden⁵⁹⁾. Der Augenscheinsbeweis erweise sich somit als "die allgemeine Sachbeweisform", sein Verhältnis zum Urkundenbeweis sei das der "lex generalis" zur "lex specialis"⁶⁰⁾. Da somit durch Urkunden- wie Augenscheinsbeweis "Informationen gedanklich übermittelt und Gedankeninhalte werden", sei der Augenscheinsbeweis im Verhältnis zum Urkundenbeweis zwar subsidiär, den Beweis- und Informationsgehalt aller Beweismittel, die nicht im Rahmen des Urkundenbeweises verwertet werden können, könnte sich aber das erkennende Gericht im Wege der Augenscheinseinnahme zu eigen machen⁶¹⁾.

d) Zu den Ausführungen von Feldmann ist zu sagen, daß es natürlich nicht leicht ist, die Betrachtung über die Art der Vernehmung und über den Inhalt der Bekundungen zu trennen. Denn beim Abhören der Tonaufnahme kommt notwendigerweise dem Gericht beides zu Ohren. Es dürfte aber keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bereiten, z.B. ein Tonband zum Beweis dafür, daß ein Zeuge oder Angeklagter der deutschen Sprache mächtig

58) so Pinner, Recht des Briefes, S. 14

59) Tonband, S. 64

60) Tonband, S. 66; ebenso Siegert, GA 1957, 269; "Wenn schon Augenscheinseinnahme, wie Urkundenbeweis in Betracht kommt, dann ist der Urkundenbeweis Spezialfall."

61) Tonband, S. 66/67

war⁶²⁾, abzuspielen, ohne gleichzeitig den Inhalt des Gesprochenen zu verwerten. Man denke nur an die Fälle, in denen der Inhalt eines Schriftstücks dem Gericht bekannt wurde, aber eine Verwertung verboten war, weil die Verlesung in unzulässiger Weise erfolgte⁶³⁾.

Wenn Feldmann noch darauf verweist, daß auch die mittelbare Beweisführung durch Zeugen vom Hörensagen, insbesondere durch Vernehmungspersonen, zugelassen sei, so muß dem entgegengehalten werden, daß es sich ja dann um die Aussage dieses Zeugen, der vor dem Gericht steht und somit bei seiner Erklärung "unmittelbar evident" ist⁶⁴⁾, handelt, und nicht um die Beweisführung durch ein anonymes Tonaufnahmegerät, das eine fremde Erklärung lediglich reproduziert.

Der Meinung von Roggemann ist entgegenzuhalten, daß es nicht möglich ist, die Grenzziehung zwischen Urkunden- und Augenscheinsbeweis einfach einzureißen und eine Differenzierung lediglich bei der Beweiswürdigung vorzunehmen⁶⁵⁾. Denn in einem rechtsstaatlichen Verfahren ist es unumgänglich, daß gesetzlich festgelegt wird, in welcher Form nur die unmittelbare Aussage einer Person ersetzt werden darf. Diese Entscheidung wurde in der Strafprozeßordnung dahingehend getroffen, daß nur Urkunden, nämlich Protokolle und evtl. andere schriftliche Äußerungen, so zuverlässig sind, daß sie unter bestimmten Umständen zum Nachweis prozessualer Erklärungen herangezogen werden können. Wenn Tonaufnahmen diese Voraussetzung, nämlich die Urkundeneigenschaft,

62) vgl. BGHSt 14, 339 (340)

63) vgl. Kleinknecht, StPO, § 251 Anm. 1

64) vgl. Eb. Schmidt, Gedächtnisschrift, S. 632

65) ebenso R. Schmitt, JuS 1967, 21

nicht erfüllen, so kann nach geltendem Recht diese Entscheidung des Gesetzgebers nicht dadurch umgangen werden, daß man nun mit Hilfe des Augenscheins das nachweist, zu dessen Beweis nach dem Gesetz lediglich Urkunden herangezogen werden dürfen.

Wenn Roggemann geltend macht, ein Verzicht auf solche Information wäre "bei der Vielgestaltigkeit aller denkbaren Beweismittel und deren komplexem Informationsgehalt"⁶⁶⁾ ein ähnlich unmögliches Unterfangen wie der gesetzgeberische Versuch einer Enumeration aller zulässigen Beweismittel, so muß ihm in zwei Punkten widersprochen werden. Denn bei diesen Fragen muß genau zwischen Untersuchungshandlungen und der Verwertung von Beweismitteln unterschieden werden⁶⁷⁾. Der Vielgestaltigkeit der Beweismittel wird dadurch Rechnung getragen, daß die Strafverfolgungsbehörden bei ihren Untersuchungshandlungen einen breiten Spielraum haben, daß sie also bei der Gewinnung von Beweisergebnissen nicht auf bestimmte Arten des Vorgehens beschränkt sind⁶⁸⁾. Der Ausgleich zwischen dem komplexen Informationsgehalt der Beweismittel und den rechtsstaatlichen Anforderungen an einen geordneten Strafprozeß aber wird dadurch geschaffen, daß die unmittelbare mündliche Erklärung im Prozeß nur unter ganz bestimmten, gesetzlich vorgeschriebenen Umständen und in der durch Gesetz festgelegten Form ersetzt werden kann.

e) Dem Gesetzgeber stünde zwar - insbesondere unter dem Gesichtspunkt der inzwischen stark vergrößerten Zuverlässigkeit von Tonaufnahmen - die Möglichkeit

66) Tonband, S. 64/65

67) vgl. Hauser, SchweizZStrR 88 (1972), 115

68) Natürlich gilt das nur im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften (§ 136a StPO!).

offen, Schallplatten und Tonbänder dem schriftlichen Protokoll gleichzusetzen, doch hat er davon bisher keinen Gebrauch gemacht. Solange aber Tonträger entsprechend ihrer Beschaffenheit lediglich als Augenscheinsobjekte anzusehen sind, können sie in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren nicht dazu verwendet werden, Aussagen von Prozeßbeteiligten aus dem Vorverfahren unmittelbar in die Hauptverhandlung einzuführen.

2. Verwertung des Inhalts einer aufgezeichneten Aussage durch Vorhalt an den Vernehmungsbeamten

Da somit die auf einem Tonträger festgehaltene Aussage eines von Beamten der Staatsanwaltschaft oder Polizei Vernommenen weder durch Urkundenbeweis noch durch Augenscheinsbeweis unmittelbar im Strafprozeß verwertet werden kann, bleibt als letzte Möglichkeit nur noch, den Inhalt der Aufnahme im Zusammenhang mit der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten als Vorhalt in das Hauptverfahren einzuführen. Besonders problematisch wird dies allerdings, wenn der Beamte sich nicht mehr an das Gespräch erinnert und deshalb allein die Tonaufnahme von der Vernehmung dem Gericht die Kenntnis von dem Gesprochenen vermitteln soll.

a) In seiner grundlegenden Entscheidung vom 14.6.1960⁶⁹⁾ hat der 1. Senat eine solche Verwertung des Vorgehaltenen für rechtmäßig gehalten:

"Das Tonband durfte mindestens ebenso zum Zwecke des Vorhalts gegenüber dem Angeklagten und dem als Zeugen vernommenen Polizeibeamten verwendet werden wie die Niederschrift über eine polizeiliche Vernehmung ...

69) BGHSt 14, 339

Die Verlesung einer solchen Niederschrift ist ... bei entsprechender Berücksichtigung des in § 253 StPO ausgesprochenen Grundsatzes jedenfalls dann zulässig, wenn sie zur Unterstützung des Gedächtnisses des Angeklagten und des als Zeugen vernommenen Vernehmungsbeamten stattfindet. Derselbe rechtfertigende Grund ist bei einem Tonband, das ... nicht verändert worden ist, so gut wie immer gegeben, weil dieses nicht nur den genauen Wortlaut der früheren Aussage festhält, sondern auch über die Art und Weise Aufschluß gibt, in der diese Aussage gemacht wurde. Denn es liegt auf der Hand, daß der Vernehmungsbeamte allein aus seinem Gedächtnis niemals zu einer in allen Einzelheiten gleich zuverlässigen Wiedergabe der früheren Aussage imstande sein kann. Indem er die Echtheit der Tonbandaufnahme und damit die vollständige und richtige Wiedergabe der früher vor ihm gemachten Aussage durch das Tonband als Zeuge bestätigt, wird der Inhalt des Tonbandes damit zugleich Bestandteil seiner Zeugenaussage."⁷⁰⁾

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs muß also wohl dahingehend verstanden werden, daß es nicht unbedingt erforderlich ist, daß der Vernehmungsbeamte sich an den Inhalt eines solchen Gesprächs erinnert. Dadurch, daß er die Tatsache der Vernehmung, ihre Aufzeichnung auf Tonband sowie die Echtheit und Unversehrtheit des Tonbandes bestätigt, erstreckt sich der Inhalt seiner Aussage auch auf das auf dem Tonträger Festgehaltene. Denn das Gericht darf unter diesen Umständen aus dem Abspielen des Tonbandes die Überzeugung gewinnen, daß sich die Auskunftsperson früher so geäußert hat, wie auf dem Tonband aufgezeichnet ist⁷¹⁾.

70) a.a.O., S. 340/341

71) Löwe-Rosenberg, StPO, § 263 Anm. 4 (Gollwitzer); vgl. auch Kleinknecht, NJW 1966, 1541

b) Diesem Versuch, den Inhalt der Tonaufnahme von einer Vernehmung dadurch im Hauptverfahren zu bewerten, daß man die Aufzeichnung dem damaligen Vernehmungsbeamten bei seiner Zeugenaussage zum Zwecke des Vorbehalts vorspielt und sie als Bestandteil seiner Aussage verwertet, hat Eb. Schmidt energisch widersprochen⁷²⁾.

Eb. Schmidt weist zunächst darauf hin, daß in der bisherigen Praxis des Bundesgerichtshofs die Fälle, in denen dem Gedächtnis eines Zeugen durch Teilverlesung des über seine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls nachzuhelfen ist, aufs schärfste von den Fällen unterschieden wurden, "in denen ein im Vorverfahren tätig gewordener Vernehmungsbeamter über den Inhalt der ihm gegenüber gemachten Aussage des Vernommenen als Zeuge in der Hauptverhandlung zu hören ist"⁷³⁾.

Denn während nur die Fälle der ersten Art von § 253 StPO erfaßt würden, also auch nur in diesen Fällen die von der h.M. vertretene Verbindung von Urkunden- und Zeugenbeweis möglich sei, habe der Bundesgerichtshof "mit sich steigerndem Nachdruck" betont, "daß in den Fällen der zweiten Art das dem Vernehmungsbeamten zur Unterstützung seines Gedächtnisses vorgelegte und vorgelesene, von ihm selbst aufgenommene Vernehmungsprotokoll unter keinen Umständen zur Beweisgrundlage gemacht werden darf"⁷⁴⁾. Eb. Schmidt verweist hierzu auf die Entscheidungen des 3. Senats vom 18.10.1951⁷⁵⁾, des 2. Senats vom 2.4.1958⁷⁶⁾, sowie des 5. Senats vom 31.5.1960⁷⁷⁾,

72) JZ 1964, 538 f

73) a.a.O., S. 540

74) a.a.O., S. 540

75) NJW 1952, 556

76) BGHSt 11, 339

77) BGHSt 14, 310

von denen die letzte Entscheidung dazu ausdrücklich sagt:

"Nur was in dem Gedächtnis des Zeugen haften geblieben ist oder auf Vorhalt in die Erinnerung zurückkehrt und von ihm als Inhalt des Geständnisses bestätigt wird, ist als Beweisergebnis verwertbar. Erkennt sich der Zeuge an den Inhalt der Aussage, die der Angeklagte ihm gegenüber gemacht hat, dann ist diese Erklärung das Beweismittel, das das Gericht zum Nachweis der Tatsache, daß der Angeklagte ein Geständnis abgelegt hat, benutzen darf. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Verhørsbeamte nur bekunden kann, daß er die Angaben des Angeklagten getreulich aufgenommen habe, sich aber an deren Inhalt - trotz Vorhaltes des Protokolls - nicht mehr erinnert. Hier kann nicht davon gesprochen werden, daß der Inhalt des polizeilichen Protokolls zum Bestandteil der zeugenschaftlichen Bekundung des Verhørsbeamten geworden sei."⁷⁸⁾

Eb. Schmidt ist der Auffassung, der 1. Senat habe in seiner Entscheidung vom 14.6.1960⁷⁹⁾ nicht erkennen lassen, daß er von diesen Grundsätzen abzuweichen gedanke. Wenn er nun, da es sich nicht um ein polizeiliches Schriftprotokoll, sondern um ein Tonband handle, dennoch zu einer Verwertung des Inhalts der Tonaufnahme komme, so wäre das nur dadurch zu erklären, daß der 1. Senat die Auffassung vertrete, dem Tonband komme eine andere Verwertbarkeit zu als dem Protokoll. Es gebe aber keinen Grund, das Tonband als ein "technisches novum" anzusehen, dem auf dem Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung ein besonderer Platz im

78) BGHSt 14, 310 (312/313)

79) BGHSt 14, 339

Beweismittelsystem angewiesen werden müsse. So sei ein präzise formuliertes Protokoll meist den Verfahrenszwecken dienlicher als die Tonaufnahme eines ganzen Gesprächs, außerdem müsse die "absolute unversehrte Identität" des dem Gericht vorgespielten Tonbandes erst besonders nachgewiesen werden.

"Gewiß: zur Unterstützung des Gedächtnisses mag eine Tonbandaufnahme, wenn man sicher ist, daß sie in bezug auf Herkunfts- und Inhaltsidentität keinerlei Zweifel aufkommen läßt, im gleichen Maße wie ein Protokoll verwendbar sein. Aber es kann keine Rede davon sein, daß das Tonband dem Protokoll gegenüber von so überragender Überlegenheit ist, daß da, wo Gesetz, traditionelle Auslegungsmethoden und Prozeßverfahren dem Protokoll die Beweismittelqualität versagen, dem Tonband eine derartige Qualität zugesprochen werden könnte."⁸⁰⁾

Zum dritten schließlich stellt Eb. Schmidt nochmals klar heraus, daß mit Hilfe des Augenscheinsbeweises in Gestalt des Abspielens der Tonaufnahme kein Beweis für den Inhalt des Tonbandes erbracht werden könne. Wenn nach der Entscheidung des 1. Senats das Tonband "als getreue Verkörperung der damaligen Erklärung des Angeklagten ... zugleich selbständige Beweiskraft als Gegenstand eines Augenscheinsbeweises" gewonnen habe⁸¹⁾, so dürfe das nicht bedeuten, daß hierdurch die Erklärungen des Vernommenen in den Prozeß eingeführt worden seien. Denn Gedankeninhalte prozessualer Erklärungen könnten nur durch die unmittelbare mündliche Erklärung vor Gericht, durch Erklärung zu Protokoll oder durch Erklärung in Schriftform dem Gericht zugänglich gemacht werden, keinesfalls aber durch den Augenscheinsbeweis⁸²⁾.

80) JZ 1964, 541

81) BGHSt 14, 339 (341)

82) JZ 1964, 541/542

c) Stellt man die Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁸³⁾ dieser Kritik von Eb. Schmidt gegenüber, so muß man wohl zu der Erkenntnis kommen, daß die dort gemachten Aussagen zur Verwertbarkeit der Tonaufnahme im Rahmen des Vorhalts zu weit gehen.

Dabei ist völlig unerheblich, ob man sich der Meinung von Eb. Schmidt⁸⁴⁾ anschließt, daß § 253 StPO lediglich gestatte, Protokolle über frühere Vernehmungen unter bestimmten Voraussetzungen zum Zwecke des Vorhalts, nicht aber zur Verwertung des Inhalts zu verlesen. Denn auch wenn man mit der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung⁸⁵⁾ und Literatur⁸⁶⁾ der Ansicht ist, daß § 253 StPO als Ausnahme von § 250 StPO eine Kombination zwischen Zeugenbeweis und Urkundenbeweis, also eine Verwertung des Protokolls neben der Zeugenaussage zuläßt, so kann dennoch der Inhalt einer früheren Vernehmung nicht durch das Abspielen einer Tonaufnahme nachgewiesen werden.

Das folgt in dem Fall, der dem 1. Senat vorlag⁸⁷⁾, bereits daraus, daß durch die Tonaufnahme lediglich eine polizeiliche Vernehmung festgehalten wurde. Denn selbst wenn die Vernehmung nicht auf Tonband, sondern durch ein schriftliches Protokoll aufgenommen wäre, würde eine Verwertung des aufgezeichneten Inhalts bereits

83) BGHSt 14, 339

84) Gedächtnisschrift, S. 633 f; vgl. auch: Krause, Urkundenbeweis, S. 190, 194; Schneidewin, JR 1951, 484

85) vgl. RGSt 20, 220; 59, 144; BGHSt 3, 199 (201); 3, 281 (283); 11, 338 (340)

86) vgl. Kleinknecht, StPO, § 253 Anm. 1; Löwe-Rosenberg, StPO, § 253 Anm. 1 (Gollwitzer)

87) BGHSt 14, 339

darán scheitern, daß unter diesen Umständen wegen § 254 StPO nur richterliche Protokolle verwertet werden dürfen. Ebenso liegt der Fall bei den von Eb. Schmidt zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs⁸⁸⁾:

Im ersten Fall⁸⁹⁾ konnte ein polizeiliches Protokoll nach Zeugnisverweigerung wegen § 252 StPO nicht verwertet werden. Im zweiten Fall⁹⁰⁾ scheiterte die Verwertung eines richterlichen Protokolls wegen Zeugnisverweigerung ebenfalls an § 252 StPO. Im dritten Fall⁹¹⁾ schließlich konnte das Protokoll über ein Geständnis des Angeklagten wegen § 254 StPO nicht verwertet werden, weil es lediglich von einem Polizeibeamten aufgenommen worden war.

Daraus muß der Schluß gezogen werden: Auch wenn man mit der h. M. durch § 253 StPO die Verlesung einer Urkunde neben der Aussage eines Zeugen zuläßt, so ist doch unbedingte Voraussetzung dafür, daß diese Urkunde auch verwertbar ist. Denn es ist natürlich nicht möglich, Urkunden, die an sich wegen § 252 oder § 254 StPO unverwertbar sind, durch Vorhalt in den Prozeß einzuführen⁹²⁾.

Nicht ersichtlich ist, weshalb bei Tonaufnahmen etwas anderes gelten sollte.

Aber selbst wenn die Verlesung eines Protokolls nicht durch §§ 252, 254 StPO gehindert wäre, könnte eine

88) JZ 1964, 540

89) BGH NJW 1952, 556

90) BGHSt 11, 339

91) BGHSt 14, 310

92) vgl. Kleinknecht, StPO, § 253 Anm. 1; § 254 Anm. 2

Tonaufnahme nicht gem. § 253 StPO zum Nachweis des Inhalts einer Aussage im Strafprozeß vorgespielt werden.

Dabei ist grundsätzlich zu bedenken, daß ja nach h.M. durch § 253 StPO eine Verbindung von Zeugenbeweis und Urkundenbeweis zugelassen wird, daß eine Tonaufnahme aber nur in der Form des Augenscheinsbeweises verwertet werden kann⁹³⁾. Wenn nun aber der Inhalt einer Aussage gerade nicht durch einen Augenscheinsbeweis in den Prozeß eingeführt werden kann⁹⁴⁾, so ist nicht ersichtlich, warum dies nun, da der Beweis im Zusammenhang mit einer Zeugenaussage erbracht wird, möglich sein soll.

Wenn daher Löwe-Rosenberg die Auffassung vertreten, daß Tonbänder "nach den Grundsätzen des Augenscheinsbeweises zum Beweis dafür abgespielt werden (können), daß sich die Auskunftsperson so geäußert hat, wie es auf dem Tonband festgehalten ist"⁹⁵⁾, so kann dies nur insoweit gelten, als durch die Aufnahme nachgewiesen werden soll, wer ein Geständnis gemacht hat, ob ein Geständnis freiwillig oder unter erkennbarem Zwang erfolgte und natürlich, ob überhaupt etwas gesagt wurde, - also all die Beweise, die im Rahmen des Augenscheins nachgewiesen werden können. Soweit aber bewiesen werden soll, was der Vernommene ausgesagt hat, können der Überzeugung des Gerichts nur unmittelbare Aussagen oder Urkunden, keinesfalls aber das Augenscheinsobjekt "Tonaufnahme" dienen.

93) vgl. Kleinknecht, StPO, § 253 Anm. 3; Löwe-Rosenberg, StPO, § 253 Anm. 4 (Gollwitzer)

94) vgl. Abschnitt II. 1.

95) StPO, § 253 Anm. 4 (Gollwitzer)

Eine weitergehende Aussage wurde allerdings in dieser Frage vom Bundesgerichtshof⁹⁶⁾ auch nicht gemacht. Denn der Senat hatte sich konkret mit der Sachlage zu befassen, daß die Tonaufnahme der Überzeugungsbildung des Gerichts bei der Feststellung gedient hatte, "daß der Angeklagte hinreichend der deutschen Sprache mächtig war (Pole) und daß er die Tötung des D. aus eigenem Erleben geschildert hatte"⁹⁷⁾. Wenn in diesem Zusammenhang das Gericht festgestellt hat, daß dadurch, daß der Zeuge die Echtheit und Vollständigkeit der Tonaufnahme bestätigte, "der Inhalt des Tonbandes damit zugleich Bestandteil seiner Zeugenaussage" geworden sei⁹⁸⁾, so besagt dies lediglich, daß damit die - dem Augenscheinsbeweis zugänglichen - näheren Umstände der Vernehmung, also wie die Aussage gemacht wurde, nicht aber der Inhalt der Erklärung selbst durch die Tonaufnahme nachgewiesen wurden.

Gleiches muß auch für die von Eb. Schmidt so mißtrauisch betrachtete⁹⁹⁾ Formulierung derselben Entscheidung gelten: "Mit der Feststellung der Echtheit gewann das Tonband als getreue Verkörperung der damaligen Erklärung des Angeklagten allerdings zugleich selbständige Beweiskraft als Gegenstand eines Augenscheinsbeweises."¹⁰⁰⁾

Man würde zuviel in die Entscheidung des 1. Senats hineinlegen, wenn man dieser Formulierung entnehmen würde, daß das Gericht die Möglichkeit eingeräumt hätte, mittels des Augenscheinsbeweises den Inhalt einer Aus-

96) BGHSt 14, 339

97) a.a.O., S. 340

98) a.a.O., S. 340/341

99) JZ 1964, 541/542

100) BGHSt 14, 339 (341)

sage in das Hauptverfahren einzuführen. Denn da der Senat sich lediglich mit der Frage zu befassen hatte, ob Tatsachen, die durch einen Augenscheinsbeweis nachgewiesen werden können, auch im Rahmen einer Zeugenaussage durch Vorhalt vorgebracht werden dürfen, wurde durch das Gericht nur aufgezeigt, daß es für einen Augenscheinsbeweis nicht schädlich, ja zumeist erforderlich ist, daß die Beziehung des Erkennbaren (also des Gehörten) zum tatsächlich Geschehenen (Geständnis) erst durch ein weiteres Beweismittel, sei es die Aussage eines Zeugen oder die Einlassung des Angeklagten, hergestellt wird.

d) Eine Tonaufnahme kann also, wenn durch ihr Abspielen der Inhalt einer Vernehmung nachgewiesen werden sollte, weder unmittelbar im Urkundenbeweis, noch gem. § 253 StPO im Zusammenhang mit der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten im Hauptverfahren verwertet werden.

Die einzige Möglichkeit, das Aufgenommene doch noch der Überzeugungsbildung des Gerichts dienbar zu machen, besteht darin, den Inhalt der Aufzeichnung dem aussagenden Vernehmungsbeamten, der sich nicht mehr genau an das Gespräch erinnert, als Gedächtnisstütze vorzuspielen¹⁰¹⁾. Denn auch wenn die Tonaufnahme nicht selbst den Beweis für eine bestimmte Äußerung des Vernommenen erbringen kann, so kann sie dennoch dem Zeugen bei seiner Erinnerung helfen. Da es sich nämlich bei dieser Art des formfreien Vorhalts lediglich um eine "Frage"¹⁰²⁾ an den Vernommenen handelt, die nicht selbst Gegenstand der Aussage ist, dürfen hierzu auch Erkenntnisquellen verwendet werden, die nach den Regeln der Strafprozeß-

101) vgl. Kleinknecht, StPO, vor § 72 Anm. 4 D;
§ 249 Anm. 5 C

102) vgl. Krause, Urkundenbeweis, S. 194

ordnung insoweit keinen Beweis erbringen könnten¹⁰³⁾.

Dabei ist aber ausdrücklich darauf zu achten, daß nur das als Zeugenaussage verwertet werden darf, woran sich der Zeuge - wenn auch erst nach Vorspielen der Aufnahme - wenigstens in groben Umrissen erinnert. Alles andere, was durch den Vorhalt bekannt wurde, muß unberücksichtigt bleiben¹⁰⁴⁾.

e) Wenn somit die Tonaufnahme für den Inhalt eines Vernehmungsgesprächs keinerlei Beweis erbringen kann, so stellt sich die Frage, ob es sich dann für die Hauptverhandlung überhaupt lohnt, solche Aufnahmen von Vernehmungen anzufertigen.

Selbst wenn man hierbei unberücksichtigt läßt, daß die Tonaufnahme als Augenscheinsobjekt den Nachweis über die Art der Vernehmung, insbesondere über ein korrektes Verhalten des Beamten, erbringen kann, so ist dennoch die Nützlichkeit der Tonaufnahme für die Überzeugungsbildung des Gerichts eindeutig zu bejahen. Denn mit Ausnahme von Filmvorführungen gibt es wohl keine andere Möglichkeit, den Zeugen so in die damalige Situation zurückzusetzen wie durch das Abspielen der Tonaufnahme eines Gesprächs. Selbst ein Wortprotokoll kann nicht in dem Maße die Beziehung zu der früheren Vernehmung wiederherstellen wie die Tonaufzeichnung, bei der der Zeuge sowohl sich wie auch den Vernommenen wieder sprechen hört.

103) ebenso BGH MDR 1956, 527 (bei Dallinger)

104) vgl. BGHSt 14, 310 (312/313); ebenso: Kleinknecht, StPO, § 249 Anm. 5; Löwe-Rosenberg, StPO, § 249 Anm. 14 (Gollwitzer); Krause, Urkundenbeweis, S. 194

Natürlich besteht hier auch die Gefahr, daß der Zeuge sich gar nicht mehr erinnert, aber beim Abspielen der Aufnahme die Überzeugung gewinnt, daß er das alles schon einmal miterlebt habe. Hier muß es Aufgabe des Gerichts sein, dann, wenn der Zeuge sich wieder zu erinnern glaubt, das Abspielen des Bandes ab und zu zu unterbrechen, um festzustellen, inwieweit der Zeuge sich auf sein Gedächtnis in diesem Fall verlassen kann. Denn bereits dann, wenn er annähernd voraussagen kann, wie sich die Vernehmung weiter abspielte, kann auch angenommen werden, daß seine Aussage nicht lediglich auf dem durch die Tonaufnahme Gehörten beruht.

Somit kann der Inhalt einer Vernehmung zwar nicht durch das Abspielen der Tonaufnahme, sondern nur durch die Aussage des Vernehmungsbeamten bzw. des Vernommenen nachgewiesen werden¹⁰⁵⁾; die Tonaufnahme ist aber ein hervorragendes Mittel, dem Aussagenden bei seinen Angaben als Gedächtnisstütze zu dienen.

III. Wie kann der Inhalt einer Tonaufnahme im übrigen Strafverfahren verwendet werden?

Während sich die richterliche Sachentscheidung in der Hauptverhandlung nur auf Beweistatsachen stützen darf, die in der Form des Strengbeweisverfahrens, also unter Beachtung der Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit geklärt wurden¹⁰⁶⁾, hat das

105) Voraussetzung ist natürlich, daß der Zeuge über den Inhalt des Verhörs vernommen werden darf; vgl. Kleinknecht, StPO, § 252 Anm. 2 C

106) vgl. Kleinknecht, StPO, § 244 Anm. 3 A

Vorverfahren - abgesehen von richterlichen Handlungen zur Sicherung von Beweisen, welche verlorenzugehen drohen -, nur vorbereitenden Charakter, so daß auch die erhobenen Beweise nur vorläufige Bedeutung haben¹⁰⁷⁾. Aus diesem Grunde ergeben sich auch für die Tonaufnahme andere, weitergehende Anwendungsmöglichkeiten, als dies in der Hauptverhandlung möglich ist.

1. EntschlieBungen der Staatsanwaltschaft

Zum Abschluß des Ermittlungsverfahrens hat die Staatsanwaltschaft zu entscheiden, ob die Ermittlungen "genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage" bieten oder das Verfahren einzustellen ist (§ 170 Abs. 1, 2 StPO). Diese Wertung der vorliegenden Beweise ist für das Gericht aber nicht verbindlich, die Staatsanwaltschaft entscheidet lediglich, ob nach dem gesamten Akteninhalt mit Wahrscheinlichkeit die Verurteilung des Beschuldigten zu erwarten ist¹⁰⁸⁾.

Da die Beweise somit nur vorläufige Bedeutung haben, weil eine Verurteilung des Täters nur auf Grund der "aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung" des Gerichts erfolgt¹⁰⁹⁾, sind an sie auch nicht die strengen Maßstäbe wie in der Hauptverhandlung anzuwenden. Es braucht daher bei dieser Entscheidung der Staatsanwaltschaft - wie beispielsweise auch bei Überprüfung der Frage, ob von der Erhebung der Klage abgesehen werden kann¹¹⁰⁾ - nicht auf die Art

107) vgl. Henkel, JZ 1957, 152; ders., Weinheimer Tagung, S. 50/51

108) vgl. Kleinknecht, StPO, § 170 Anm. 1

109) siehe § 261 StPO

110) §§ 153 f StPO

des Beweismittels und damit auf die darin enthaltenen Beweismöglichkeiten abgestellt zu werden.

Die Staatsanwaltschaft kann für ihre Entscheidung vielmehr alle Erkenntnisse heranziehen und verwerten, welche in dieser Frage erheblich sein können, also auch Aufzeichnungen von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen, wie auch sonstige Gespräche auf Tonbändern oder Schallplatten¹¹¹⁾.

2. Entscheidungen des Gerichts

Bei gerichtlichen Entscheidungen ist zu unterscheiden, ob sie im Rahmen des Strengbeweisverfahrens oder des Freibeweisverfahrens erfolgen. Während nämlich das Strengbeweisverfahren in der Hauptverhandlung anzuwenden ist, wenn Beweistatsachen zu klären sind, die für das Urteil von Bedeutung sind¹¹²⁾, gilt das Freibeweisverfahren für die Beweiserhebung außerhalb der Hauptverhandlung sowie für die Klärung verfahrensrechtlicher Fragen in der Hauptverhandlung¹¹³⁾.

Hat nun beispielsweise ein Richter darüber zu entscheiden, ob gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft anzuordnen (§§ 112 f StPO) oder ein Haftbefehl aufzuheben ist (§§ 117 f StPO), oder aber, ob ein Verfahren einzustellen oder dem Absehen von der Erhebung der öffentlichen Klage zuzustimmen ist (§§ 153 f StPO), so kann er sich dabei - wie auch in den oben genannten Fällen die Staatsan-

111) vgl. Henkel, JZ 1957, 152; ders., Weinheimer Tagung, S. 50/51

112) vgl. Kleinknecht, StPO, § 244 Anm. 3 A

113) vgl. Kleinknecht, StPO, § 244 Anm. 3 B

waltschaft - auf alle Erkenntnisse stützen, welche in dieser Frage erheblich sind. Daß hierbei auch auf Tonträger fixierte Aussagen von Zeugen und Beschuldigten sowie sonstige Unterhaltungen von erheblicher Bedeutung sind, dürfte offenkundig sein.

3. Tonaufnahmen zur Unterstützung des Vernehmungsbeamten wie auch des Gerichts in der Hauptverhandlung

Den Vernehmungsbeamten, dem Ermittlungsrichter und auch dem erkennenden Gericht kann die Tonaufnahme schließlich weitere nützliche Dienste erweisen, wenn es darum geht, eine Aussage richtig und verlässlich festzuhalten.

So kann die Aufzeichnung der bisherigen Aussagen dem Vernehmenden als hervorragende Gedächtnisstütze für weitere Fragen dienen¹¹⁴⁾. Sollten sich Widersprüche mit dem nunmehr Gesagten ergeben, so können die bisherigen Angaben unmittelbar und unverkennbar vorgehalten werden¹¹⁵⁾. Schließlich dürfte die Tonaufnahme bei der Protokollanfertigung zuverlässiger und unerschöpflicher als das beste Gedächtnis sein¹¹⁶⁾.

114) vgl. Henkel, NJW 1957, 152; ders., Weinheimer Tagung, S. 51; Kleinknecht, NJW 1964, 1541; ders., StPO, § 163 Anm. 8 Ec

115) Henkel, Weinheimer Tagung, S. 83; Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, § 69 Anm. 3 B, § 163 Anm. 8 Ec; Kohlhaas, NJW 1957, 85

116) Kleinknecht, NJW 1966, 1541; ders., StPO, § 163 Anm. 8 Eb, c; Höfler, Kriminalität 1954, 236

IV. Zusammengefaßtes Ergebnis des dritten Teils

In der Strafprozeßordnung sind als verwertbare Beweismittel Zeugen, Sachverständige, Augenschein, Urkunden und andere Schriftstücke sowie Aussagen der Beschuldigten und Mitbeschuldigten erschöpfend aufgezählt. Eine Tonaufnahme kann dabei in der Hauptverhandlung nur insoweit Beweis erbringen, als sie unter einem dieser Beweismittel einzuordnen ist.

Die Tonaufnahme ist weder als unmittelbare Aussage von Beschuldigten oder Zeugen anzusehen, noch ist sie Urkunde oder Protokoll oder einem von diesen gleichzusetzen. Sie ist vielmehr nur im Wege des Augenscheinbeweises zu verwerten. Das bedeutet, daß sie zwar Beweis dafür erbringen kann, unter welchen äußeren Umständen, also ob und wie eine Aussage im Vorverfahren gemacht wurde, daß durch sie aber nicht die prozessualen Erklärungen selbst, also auch die Aussagen in den Strafprozeß eingeführt werden können.

In der Hauptverhandlung kann die Tonaufnahme aber zum Zwecke des Vorhalts, z.B. gegenüber dem Vernehmungsbeamten, verwendet werden, doch ist dabei zu beachten, daß Gegenstand der Beweiserhebung nicht der Inhalt des vorgespielten Bandes sein kann, sondern nur das, was der Zeuge, wenn auch erst nach dem Anhören der Aufzeichnung, aus seiner Erinnerung aussagen kann.

Während die richterliche Sachentscheidung nur auf Beweise gestützt werden darf, welche in der Form des Strengbeweisverfahrens gewonnen wurden, hat das Vorverfahren nur vorbereitenden Charakter. Es können daher in diesem Rahmen alle Erkenntnisse verwertet

werden, welche für die Entscheidung erheblich sind. Ob nun die Staatsanwaltschaft über die Erhebung der öffentlichen Klage zu entscheiden (§ 170 Abs. 1 StPO) oder ob der Richter bei einer Haftprüfung über die Voraussetzungen der Untersuchungshaft zu befinden hat (§§ 117, 120 StPO), in all diesen Fällen können auch Aussagen, die auf Tonträgern festgehalten sind, Verwertung finden.

Zuguterletzt können Tonaufnahmen auch bei Vernehmungen oder in der Hauptverhandlung selbst nützliche Dienste erweisen, sei es als Gedächtnisstütze für den Vernehmenden oder als Mittel zum Vorhalt oder schließlich bei der Anfertigung des schriftlichen Protokolls.

Selbst wenn daher durch Tonaufnahmen keine Aussagen in die Hauptverhandlung eingeführt werden können, so stellen sie dennoch eine wertvolle Hilfe für eine wirksame Strafverfolgung dar.

Lebenslauf

Am 23. Januar 1944 wurde ich als einziger Sohn des Justizinspektors Josef Weiß und seiner Ehefrau Maria, geb. Mayer, in Roth b. Nürnberg geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Roth b. Nbg. und des Humanistischen Gymnasiums in Schwabach legte ich im Jahre 1963 die Reifeprüfung ab.

Im Anschluß daran meldete ich mich freiwillig für zwei Jahre Dienstzeit zur Bundeswehr, wo ich im Jahre 1965 mit dem Dienstgrad eines Leutnants der Reserve ausschied und inzwischen auf Grund mehrerer Wehrübungen zum Hauptmann der Reserve befördert wurde.

Danach studierte ich ab Oktober 1965 acht Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und legte dort im Frühjahr 1970 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Nach 2 1/2 Jahren Referendarzeit im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg bestand ich im Frühjahr 1973 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem bayerischen Landesjustizprüfungsamt in München.

Seit 1. April 1973 bin ich im höheren Justizdienst tätig; ich war zunächst Richter in Zivil- und Strafsachen am Landgericht Nürnberg-Fürth und bin z.Zt. Staatsanwalt.

difo-druck · 8600 bamberg
untere königstraße 30